Als

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Tübingen.

Genehmigt am 11. Mai 1907.

Referent Prof. Dr. Frank.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547025_0100

Verletzung und Gefährdung

als Kriterien der Zweiteilung im Systeme der strafbaren Handlungen.

Von

Karl Camill Hofheinz,

Grossh. Bad. Amtmann in Ueberlingen.

BRESLAU 1907.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von
Professor **Dr. Frank**, Tübingen.

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung: Die Zweiteilung der strafbaren Handlungen als Systemfrage und als altes Problem. 1

I. Hauptstück: Uebersicht über die aufgestellten Theorien und Kritik der herrschenden Meinung: 4

1) Die Ergebnisse der Untersuchungen Franks. 4
(Diese zeigen den Weg zur richtigen Betrachtung und Lösung des Problems).

2) Die Umgehung des Problems: 5

a) Unterscheidung der Handlungen nach der Rechtsfolge (Strafe), 5

b) Unterscheidung nach dem Angriffsobjekte, ... 5

c) Das irrtümliche Verfahren der Vertreter von a) und b), insbes. Goldschmidts. 6

3) Die Negierung des Problems (ist nicht Negierung des Unterschieds). 10

4) Die Versuche zur Lösung des Problems: 10

a) Ableitung des Unterschieds aus dem Wesen der Strafe . 11
(erscheint nicht möglich).

b) Ableitung aus dem Begriffe der Handlung: 11
(Das heißt den Unterschied in der Wirkung der Handlung suchen).

α) Der Gegensatz von Verletzung und Gefährdung als oberstes und allgemein anerkanntes Einteilungsprinzip der Handlungen, ... 11

β) Der Gegensatz als Kriterium der Zweiteilung: . . 13

I. Die von Merkel und Binding begründete herrschende Lehre, ... 13

II. Die Widersprüche, die diese Lehre in sich selbst trägt. 16

5) Kritik des Gegensatzes von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten: 17

a) Die Verletzungsdelikte. Die wirklich eingetretenen Folgen einer Handlung, nach deren Begehung (ex post) betrachtet: 17

α) Von diesem Standpunkte aus sind nur Handlungen zu ersehen, die verletzt und solche, die nicht verletzt haben, 17

β) Die Gefährdungsdelikte des positiven Rechtes können die Behauptung zu α) nicht widerlegen. 19

Seite

b) Die Gefährdungsdelikte. Die vorausgesehenen Folgen einer Handlung, vor deren Begehung (ex ante) betrachtet: . . 20
α) Beschreibung des Standpunktes ex ante und Betrachtung der Handlungen von diesem Standpunkte aus. Nur Gefährdungsdelikte. 20
β) Richtiger Gebrauch und Würdigung des Gefahrbegriffes (Gefährlichkeit als Grund des Verbotes). . . . 22
c) Ergebnis der richtigen Betrachtung beider Standpunkte. 23
(An der Hand des Satzes: „Keine Strafe ohne Verletzung werden wir auf den Mangel der bisherigen Betrachtung aufmerksam und erkennen den Weg zur Lösung: Es ist zunächst der reine Begriff der strafbaren Handlung festzustellen).

II. Hauptstück: Entwickelung des Begriffes der strafbaren Handlung: 26
1) Verletzbare Objekte überhaupt: 26
a) Angriffs-, Definitions- und Schutzobjekt nach Oppenheim. 26
b) Die Frage nach dem Schutzobjekt ist die Frage nach dem Begriffe der rechtswidrigen Handlung. Dieser muß aus dem Rechte abgeleitet werden. 27
c) Das Recht: 28
α) Begriff des Rechts und rechtlichen Interesses, . . 28
β) Die Rechtswidrigkeit, ... 30
γ) Recht, Gut und Interesse als Objekte der Verletzung. 31
d) Die verletzbaren Interessen insbesondere: 32
α) Arten solcher, ... 32
β) Samtinteressen insbesondere (Das öffentliche Interesse): 35
I. Entwickelung des Begriffes und Definition des öffentlichen Interesses, ... 35
II. Die zwei Arten öffentlicher Interessen: . . . 36
A. mit offensichtlichen 36
B. mit zurückgetretenen Interesseträgern, . . . 36
III. Abgrenzung des öffentlichen Interesses von den Privatinteressen des Staates. 37
2) Die Wirkung der strafbaren Handlung auf die Interessen: . . 38
a) auf das öffentliche Interesse, ... 38
b) auf spezielle Einzelinteressen, ... 39
c) Ergebnis (Das Schutzobjekt). 41
3) Der Erkenntniswert des Gefundenen. Dasselbe erprobt sich an den Postulaten: 41
a) Keine Strafe ohne Verletzung. 41
b) Der materielle Grund der Strafe (Gefährdung als materielle Verletzung). 42
c) Vereinigung von Vergeltungsidee und Zweckgedanke [Zusatz: General- und Spezialprävention]. 43

Seite

III. Hauptstück: Die verschiedene Schwere der rechtswidrigen und strafbaren Handlung. 46
1) Die Rechtswidrigkeit als alleiniges Merkmal der Strafbarkeit: . 46
a) Rechtswidrigkeit im Gegensatz zu Strafbarkeit, . . . 47
b) Rechtswidrigkeit im Gegensatz zu Moralwidrigkeit, . . 48
c) Arten rechtswidriger Handlungen überhaupt. 49
2) Die Steigerungsgrade der Rechtswidrigkeit: 49
a) Die objektive Seite der Handlung: 49
α) Die konkrete Verletzung, ... 49
β) Die konkrete Gefährdung. 53
b) Die subjektive Seite: 55
(Nur in der Willensseite kann ein Qualitätsunterschied der Handlungen gefunden werden)
α) Wille und Vorstellung im allgemeinen: 55
I. Vorsatz überhaupt,
II. Vorsatz und Schuld,
III. Schuld und Rechtswidrigkeit.
β) Die drei Grade rechtswidrigen Wollens lassen drei Gruppen von Handlungen unterscheiden: . . . 57
I. Gruppe: Die absichtliche Gefährdung: 58
1) Charakteristik der Gruppe, ... 58
2) Nachweis der Absicht, ... 58
3) Die Qualitätsunterschiede in dieser Gruppe. . . 59
II. Gruppe: Die bewußte, nicht absichtliche Gefährdung: . 60
1) Unterscheidung dieser von der ersten Gruppe: . . 60
2) Nachweis des Vorsatzes: 61
A. Nur durch konkrete Verletzung, ... 61
B. Durch die Art und Weise der Betätigung (Diese Handlungen zerfallen in zwei Untergruppen): . . 61
a) Die konkret gefährdenden, ... 62
b) Die schlechthin verbotenen. 63
C. Der Nachweis des Vorsatzes vom Standpunkte des 65
a) Historikers,
b) modernen Kodifikators und
c) Kritikers der Reformbestrebungen (Anmerkung).
3) Die Beschaffenheit des Vorsatzes. (Die Fahrlässigkeit). 67
4) Die Qualitätsunterschiede der Handlungen der II. Gruppe. 68
III. Gruppe: Die unbewußte Gefährdung: 69
1) Die besondere Art des Vorsatzes (der nicht in, sondern vor der äußeren Handlung liegt). 69
2) Der Nachweis des Vorsatzes: 71
A. durch konkrete Verletzung als Folge einer unbewußten Handlung, ...
B. durch Betätigung einer schlechthin verbotenen Handlung.
3) Die Qualitätsunterschiede dieser Gruppe. . . . 72

hält, oder solche der Ueber- und Unterordnung der Handlungen, insofern der verschiedenen Schwere der Strafdrohung innere, systematisch bedeutsame Verschiedenheiten entsprechen.

Offenbar nach einem Gesichtspunkte der zweiten Art wird gesucht, wenn die Frage aufgeworfen wird, ob eine gewisse Gruppe geringfügiger Zuwiderhandlungen, die man gemeinhin als Polizeiübertretungen zu bezeichnen pflegt, einen besonderen Platz im Systeme des Strafrechts einnehmen: der sich dadurch auszeichne, daß die ihm zuzuweisenden Uebertretungen als Polizeiunrecht in Gegensatz treten zu allen anderen strafbaren Willensbetätigungen, dem kriminellen Unrecht.

Die Frage hat bereits eine hundertjährige Geschichte.[1]) Seit einem Jahrhundert bezeichnet man als Polizeiübertretungen nach formellen Gesichtspunkten solche Handlungen, deren Bestrafung regelmäßig nicht den ordentlichen Gerichten, sondern den Verwaltungs-(Polizei-)Behörden zusteht oder deren Strafbarkeit nicht unmittelbar auf dem Gesetze, sondern erst auf einem (durch das Gesetz vorgesehenen) Ausspruche der Polizeibehörde beruht.

Anknüpfend an diesen formellen Unterschied,[2]) welcher sich aus der Ende des achtzehnten Jahrhunderts aufgekommenen Gewaltenteilung, insbesondere der Trennung der rechtsprechenden von den Verwaltungsbehörden ergab, untersuchte man, ob dem auch eine materielle (begriffliche) Verschiedenheit der Delikte zu Grunde liege. Es konnte seither kein System des Strafrechts mehr aufgestellt werden ohne die Erörterung, ob und inwiefern der Unterschied ein generischer sei.

Nachdem die erwähnten formellen Eigentümlichkeiten heute den Uebertretungen im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs zugefallen sind, ist die Frage noch keineswegs mit dem Nachweis erledigt, daß für diese Uebertretungen dieselben Rechtsregeln

---

[1]) So Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch 3. und 4. Aufl. S. 480. Weiter ausholend dagegen Rotering, Polizeiübertretungen und Polizeiverordnungsrecht 1888 S. 1 f., Goldschmidt, Mitt. d. J. K. V. XII S. 220 und Verwaltungsstrafrecht 1902 § 1 f. und mit ihnen Umhauer, Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff des Polizeidelikts, Freiburger Diss. 1904 S. 1 f.

[2]) Vgl. Beidtel, Untersuchungen über einige Grundlagen der Strafgesetzgebung 1840 S. 69. Ferner von Lilienthal in Holtzendorffs Rechtslexikon III 1 S. 73.

gelten wie für die Verbrechen und Vergehen.[1]) Denn es bleibt die Frage, ob nicht unter den Polizeiübertretungen oder einem Teile derselben allein oder mit gewissen jetzt als Vergehen charakterisierten Delikten ein gewisser innerer Zusammenhang besteht, der sie als Polizeiübertretungen in einem besonderen Sinne erscheinen ließe: denen de lege ferenda eine andere materielle und formelle Stellung zuzuweisen wäre als den schweren (kriminellen) Delikten.

Die Frage ist also kurz: Gibt es unter den strafbaren Handlungen de lege ferenda eine Zweiteilung der Schwere nach? Nebensächlich ist, ob im Falle der Bejahung dieser Frage das Recht der leichten Delikte nach den ihm zuzuweisenden Aufgaben oder formellen Eigentümlichkeiten als Polizeistrafrecht bezeichnet werden soll.

---

[1]) Dieser Nachweis ist, falls er im Hinblick auf den bestimmten Ausspruch des Gesetzes darüber, was den Unterschied ausmache, überhaupt noch erforderlich erscheint, durch Frank, Studien zum Polizeistrafrechte, Gießener Programm 1897 S. 7—9, ferner durch Rosenberg in ZStW. Bd. 22 S. 412 und neuerdings durch M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafr. Abh., herausg. v. Beling, Heft 50 (1903) S. 111—113, erbracht.

I. Hauptstück.

Uebersicht über die aufgestellten Theorien und Kritik der herrschenden Meinung.

1) In grundlegender Weise ist die Frage von *Frank*[1]) behandelt worden. Spätere Bearbeiter haben das Problem nicht mehr so scharf erfaßt, geschweige es gelöst. Um das Problem weiter zu fördern, hätten sie beachten müssen, was den Kernpunkt der *Frank*schen Ausführungen bildet: daß ein Kriterium der Zweiteilung, wenn überhaupt, einzig und allein im Begriffe der strafbaren Handlung zu finden ist.

Damit ist gesagt, daß das Kriterium auf doppelte Weise gesucht werden kann, entweder im Begriffe der Strafe, die die Handlung zur Ursache, oder im Wesen der Tat, die die Strafe zur Folge hat.

Sie hätten aber ferner nicht übersehen dürfen, daß mit dieser Formulierung des Problems vorausgesetzt ist, daß alle Handlungen, auf deren Begehung das eingangs erwähnte Uebel angedroht ist, auch wirklich strafbare Handlungen sind. Denn mit dieser Vor-

[1]) Studien S. 1 f. und Vorträge auf den Landesversammlungen der J. K. V. zu München und Stuttgart, Mitt. d. J. K. V. VII S. 186 f., XII S. 202 f., insbes. S. 213.

aussetzung steht und fällt das Problem. Wer, sei es in Ansehung der Strafe oder der Tat, der Meinung ist, daß die Polizeiübertretungen nicht eigentlich strafbare Handlungen seien, der braucht eine Zweiteilung innerhalb der strafbaren Handlungen nicht mehr zu suchen.

2) a) Hieraus aber erhellt, daß es nur eine Umgehung, nicht Lösung des Problemes ist, wenn behauptet wird, die Rechts- oder Kriminalstrafe sei anderen Wesens als die Polizeistrafe. Diese Behauptung, mit der man zu allen Zeiten den Unterschied begründen zu können vermeinte, hat als Grundlage stets eine individuelle Auffassung des Wesens der Polizeistrafe. Selbst wenn ihre Vertreter nie unterlassen würden darzutun, worin das Wesen der „eigentlichen" Strafe, von der die Polizeistrafe sich unterscheiden soll, besteht, so wäre ihre Meinung insolange wertlos, als sie nicht die Wissenschaft und Praxis zu ihrer Strafrechtstheorie bekehrten.

b) Dieselbe Behauptung, nur von der Tatseite der strafbaren Handlung aus begründet, ist es, wenn man sagt, das Angriffs- und verletzte Objekt sei bei den Polizeiübertretungen ein anderes als bei den Verbrechen, oder bei jenen würden einem anderen Rechtsgebiete angehörende oder moralisch oder kulturell anders qualifizierte Güter, Interessen oder Normen verletzt als bei diesen.

Daß diese Maßstäbe ebenso wie die Theorien über Strafverschiedenheit subjektiver Auffassung völlig preisgegeben sind, hat neuerdings *Beling*[1]) in überzeugender Weise dargetan.[2])

---

[1]) Die Lehre vom Verbrechen 1906 S. 36, 129.

[2]) Es sei hier eine Uebersicht über die wichtigsten einschlägigen Meinungen seit Feuerbach gegeben. Eine strenge Auseinanderhaltung der Meinungen darnach, ob sie den Unterschied zunächst im Angriffsobjekt oder in den Rechtsfolgen oder in sonstigen subjektiv empfundenen Momenten suchen, erschien nicht möglich und auch ohne besonderen Erkenntniswert.

Zunächst hat Feuerbach, Revision II (1800) S. 230, den Verletzungen von Privatrechten und von absolut notwendigen Rechten des Staates die Verletzungen von Polizei-Anstalten des Staates gegenübergestellt. Hiernach ist es richtig, Feuerbach zu denen zu zählen, die den Unterschied im Angriffsobjekt finden; dahin dürfte man ihn aber nicht zählen, wenn man ihm unter-

c) Man gelangt gewöhnlich zu solchen Unterscheidungen, indem man das Postulat der Zweiteilung bereits als Tatsache annimmt.

---

stellt, er nenne Polizeivergehen solche Handlungen, die kein Recht (Angriffsobjekt) verletzen. Dagegen verwahrt er sich ausdrücklich a. a. O. S. 223.

Auch Stübel bedient sich der Terminologie Feuerbachs, N. Archiv des Krim.-R. VIII (1826) S. 269 § 15. Aehnlich wie Feuerbach unterscheiden Tittmann, Handbuch I (1806) S. 56, Verletzungen der Rechte, von welchen das Dasein abhängt, und solcher Rechte, auf welchen das Wohlbefinden beruht, Grolmann, Grundsätze (1818) § 27, S. 24, Verletzung von Rechten, die unmittelbar bestehen, und von solchen, die erst vermöge der polizeilichen Anstalten des Staates begründet werden.

Gegen Feuerbachs Theorie sprach vor allem der Umstand, daß er auch die Sittlichkeitsverbrechen den Polizeivergehen zuteilte. Es suchte daher zunächst von Droste-Hülshoff im Archiv IX (1829) S. 600 f. nachzuweisen, daß auch die meisten Sittlichkeitsdelikte Rechte Einzelner verletzen. Sodann hat zuerst Roßhirt N. Arch. XII (1832) S. 290, die Rechtsverletzungen und Sittlichkeitsverbrechen den Vergehen wider die disciplina publica (generalis und specialis) gegenübergestellt. Aehnlich haben dann unterschieden Luden, Abhandl. II (1840) S. 127: „Handlungen, welche weder die Verletzung eines einzelnen Rechtes enthalten, noch geradezu für unsittlich ausgegeben werden können, die aber mit dem Gedeihen entweder des Gemeinwesens oder der Einzelnen unvereinbar zu sein scheinen", und v. Wächter, Sächs. u. Thüring. Strafrecht (1857) S. 296: Rechtsverletzungen und Sittlichkeitsverbrechen einerseits und Polizeivergehen andrerseits, die wegen der Gefahr verboten werden. Ebenso bezeichnet Beidtel, a. a. O. S. 66, als Polizeistrafgesetze, die durch Verbote von mehreren an sich erlaubten Handlungen unmittelbar auf Verhütung von Rechtsverletzungen und Unsittlichkeiten wirken wollen.

Stahl, Philosophie des Rechts 1878 II, 2 S. 693, sieht einerseits Verletzungen der Grundlagen des Gemeinlebens, andererseits nur der Bedingungen der Wohlfahrt. Für die Verletzungen der zweiten Art will er ausdrücklich keine „Strafen". Zu Stahls Ansicht scheint zu neigen Walther in Krit. Vierteljahrschr. II (1860) S. 338, der jedenfalls den Gesichtspunkt der Gefährlichkeit als spezifisches Merkmal der Polizeidelikte nicht anerkennen will.

Henke, Handbch. d. Krim.-R. 1823 I S. 190 f., fordert Abschaffung der „Strafe" für die Polizeiübertretungen wie für alle nur gefährlichen Handlungen.

L. v. Stein, Verwaltungslehre IV S. 36, erklärt, die Polizeiübertretungen seien nur Verletzungen der Bedingungen der Gesamtentwickelung. Gneist, Engl. Verwaltungsrecht 1883 I S. 267, spricht von Polizeistrafen, die nicht zur Sühne eines Rechtsbruches, sondern zur Aufrechterhaltung der polizeilichen Ordnung dienen. In Anlehnung an diese erklärt Otto Mayer, Deutsch. Verwaltungsrecht 1895 I S. 306 f., die Polizeiübertretungen als Zuwiderhandlungen gegen die „Gute Ordnung des Gemeinwesens". Seine Theorie ist aber unvollkommener als die Roßhirt'sche von der disciplina publica, schon deshalb, weil er unterläßt zu sagen, was im Gegensatz zu den Polizeiübertretungen die

Richtig ist ja, daß jedermann einen Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeiübertretungen fühlt, *(Frank)*. „Das Volks-

Verbrechen sein sollen. Mayers Grundgedanken erklärt zu folgen Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht 1902 und insbes. in Goltd. Arch. 49 (1902) S. 83, indem er Verletzung einerseits von Normen, die dem Rechtszwecke, andrerseits von solchen, die dem Verwaltungszwecke dienen, behauptet. Ueber Goldschmidt oben im Texte ausführlicher.

Auch Berner, Lehrbuch 7. Aufl. S. 38, stellt die Verletzungen der Rechtsordnung den Verletzungen der polizeilichen Ordnung gegenüber.

Auf die Verschiedenheit der Strafzwecke gründet die Unterscheidung Kuhn, Das Polizeistrafrecht 1840 S. 66, 96, der der kriminellen Strafe den Charakter der vergeltenden Gerechtigkeit, der Polizeistrafe den Zweck der Zucht und Besserung beilegt, ferner v. Mohl, Encyklopädie der Staatswiss. 1872 S. 284, der von der Rechtsverletzung die Verletzung bloßer Polizeimaßregeln unterscheidet. Bei letzteren bedeute die Strafe nur Zwang. Durch den Zwang, der ausschließlich die Polizeistrafe kennzeichne, unterscheidet auch Klöppel, Reichspreßrecht 1894 S. 252, diese von der eigentlichen Strafe, die Sühne begangenen Unrechts bezwecke.

Bierling, Jur. Prinzipienlehre I (1894) S. 141, findet den Unterschied in dem Wert der verletzten Rechtsnormen, da „das lebendige Gefühl der Rechtsgenossen den von ihnen anerkannten Rechtsnormen ein verschiedenes Gewicht, d. h. eben einen verschiedenen Wert für das Gemeinschaftsleben beilegt". Hiernach sei zu unterscheiden zwischen Verletzung primärer und sekundärer Normen. Von strafgesetzlichen Vorschriften sekundärer Natur spricht Graf Gleispach, die Veruntreuung I 1905, S. 78, von formellen Vorschriften ohne moralischen Gehalt Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I 1903 S. 307.

Diese Gedanken sind ausgebaut bei M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen 1903 (s. o.). Mayer sagt, die Polizeiübertretungen verletzten kulturell indifferente Normen. Er führt aus, die Rechtsnormen seien zum größten und wesentlichen Teile ungeschriebenes Recht und könnten es sein, da sie sich auf Kulturnormen stützten (die jedermann bekannt seien). Soweit letzteres aber nicht der Fall sei, müßten sie (von den Polizei- etc. Behörden) ausdrücklich statuiert werden; soweit reiche auch das Polizeistrafrecht. Sieht man von der wenig glücklichen verschiedenartigen Verbindung der Normen mit der Kultur ab, so unterscheidet Mayer Zuwiderhandlungen gegen Normen, die allgemein bekannt und solche, die dies nicht sind, eine dem Gefühle sehr zusagende Unterscheidung. Neu ist diese aber nicht mehr. Auch Gneist sagt in Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 85: „die Polizeinormen richten sich direkt an die Untertanen" und Geyer, Krit. Vierteljahrsschr. 17 (1875) S. 43 hat unterschieden Uebertretungen von Vorschriften, die ihrer Natur nach von Ort zu Ort verschieden und einem schnellen Wechsel je nach Zeit und Umständen unterworfen sind, im Gegensatz zu den Strafgesetzen von allgemeiner und dauernder Bedeutung. Schon Heinze hatte in einleuchtender Weise

bewußtsein unterscheidet sicher zwischen Delikt und Polizeiübertretung", sagt *Oetker* auf der Münchener Landesversammlung

(Goltd. Arch. 17 (1869) S. 677) das Polizeivergehen charakterisiert durch die relative Willkürlichkeit des Gebotes oder Verbotes, die uns sehr greifbar in der Dispensierungsbefugnis der Polizeibehörden entgegentrete. „Diese Verbote sind vielfach so sehr individualisiert, daß sie für andere Verhältnisse und Oertlichkeiten überhaupt sich nicht eignen. Haben doch viele Polizeistrafgesetze selbst innerhalb des Staates nur eine beschränkte provinzielle oder örtliche Geltung. So bilden die Polizeivergehen, wenn man will, das Gegenteil der im materiellen oder ideellen Sinn gemeingefährlichen Verbrechen. Während die letzteren die menschliche Gesellschaft oder den Staat an einer Stelle verletzen, welche sympathische Empfindungen in der gesamten zivilisierten Welt wachruft, sind die Polizeivergehen gerichtet gegen Separateinrichtungen, die, überall verschieden, gewissermaßen einen Teil des Hausrates ausmachen, den sich der einzelne Staat nach Bedürfnis und Bequemlichkeit zulegt."

Aehnlich stellt v. Holtzendorff in seinem Handbuch des Strafrechts 1871 I S. 5, 6, die Polizeistrafgesetze als nur auf einem lokalen oder sonst beschränkten Gebiete geltend in Gegensatz zu den das Gebiet des Staates in seiner Gesamtheit umfassenden Strafgesetzen.

Nach Voraussetzung einer Zweiteilung glaubt Poustoroslew, Mitt. d. J. K. V. VIII S. 87, das Kriterium des Unterschieds darin zu finden, daß die schweren Delikte einem état psychique individuel de la criminalité entspringen, die leichten nicht oder nicht immer. So auch Fayer, eod. S. 96, der Delikte, die einen Verdacht auf abnorme gemeingefährliche Natur des Delinquenten bedingen, solchen entgegensetzt, bei denen dies nicht der Fall ist.

Berolzheimer, die Entgeltung im Strafrechte 1903 S. 262, findet das Kriterium des Polizeiunrechts in der Ordnungswidrigkeit und sagt: „Objekt des Strafrechts ist der schlechte Mensch, Objekt des Polizeistrafrechts ist der unordentliche Mensch".

Nur eine Anregung, keine begründete Theorie gibt Cuche, Mitt. d. J. K. V. VII S. 275, der die contraventions intentionnelles den contraventions non-intentionnelles gegenüberstellt.

Als Angabe eines Kriteriums der Zweiteilung kann man es nicht mehr bezeichnen, wenn von Hugo Meyer, Lehrb. 1895 S. 29 (nach Merkel Abh. I 1867 S. 95, ohne ihm im übrigen beizustimmen), gesagt wird, bei den kriminellen Delikten trete die materielle, bei den polizeilichen die formelle Bedeutung mehr in den Vordergrund.

Bemerkenswert war dagegen die von H. Meyer früher vertretene Auffassung, mit der sich v. Bar, Handbuch I (1882) S. 351, obgleich dieser einen begrifflichen Unterschied nicht anerkennt, einverstanden erklärt. v. Bar zitiert Meyer, wie folgt: „der wahre Unterschied zwischen den beiden Arten des strafbaren Unrechts liegt . . . . darin, daß durch das Kriminalunrecht die notwendigen, durch das Polizeiunrecht die nützlichen Bestandteile der Rechtsordnung verletzt werden. Wie aber die Begriffe des Notwendigen und Nützlichen

der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. Man legt dieses Gefühl zu Grunde, erhält alsbald zwei Gruppen strafbarer Handlungen und braucht dann nur darzulegen, was das Begriffsmerkmal jeder Gruppe ist. Das Beispiel eines solchen Verfahrens bietet *Goldschmidt,* der sich in jüngster Zeit wohl am meisten um das Problem bemüht hat.[1]) Er reiht zunächst alle mit Strafe bedrohten Handlungen in zwei Gruppen, wobei ihm die historische Betrachtung die Polizeidelikte bereits etikettiert darbietet. Sodann gibt er an, was für jede Gruppe charakteristisch ist. Auf diese Weise findet er, daß das Verbrechen anderen Zweckvorschriften zuwiderlaufe als die Polizeiübertretungen, und daß auch die Strafzwecke und selbst die staatlichen Strafansprüche (einerseits Befugnis einzuschreiten, andererseits nur Recht der Behörde, die Strafe obligatorisch zu verlangen) verschieden seien.

Es ist klar, daß mit den auf solche Weise gewonnenen Kriterien die Zugehörigkeit einer Handlung zur einen oder andern Gruppe sich nicht erproben läßt. Will ich wissen, wohin eine Handlung gehört, so passen oft beide Kriterien oder auch keines derselben, und es erübrigt zu forschen, ob etwa einmal eine hochwohlweise Polizei die Handlung zum Gegenstande ihrer Regelung gemacht hat.

Goldschmidt hat hiernach die Aufgabe, das Kriterium im Begriffe der strafbaren Handlung zu suchen, verkannt, und seine mit einem großen historischen und polemischen Apparate ausgestatteten Darlegungen haben nur Verwirrung gebracht auf dem Wege zu dem von *Frank* so klar gesteckten Ziele.[2])

---

in einander übergehen, so wird man auch von mancher Deliktsart nur in ungefährer Weise sagen können, ob sie dem Kreise des Kriminalunrechts angehöre oder zum Polizeiunrecht zu rechnen sei". v. Bar fügt hinzu: „die dauernden sich mehr gleichbleibenden Grundregeln des menschlichen Zusammenlebens sind eben auch die notwendigen, die vorübergehenden oder mehr wechselnden, mehr lokal verschiedenen, die bloß nützlichen".

[1]) In dem bereits oben angeführten Hauptwerke „Das Verwaltungsstrafrecht" ferner in der Deutschen Juristenzeitung VII (1902) S. 212, in Goltd. Arch. 49 (1902) S. 71, in Festgabe für Koch 1903 S. 415, in den Mitt. d. J. K. V. XII S. 217, auch als Sonderabdruck erschienen: die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts 1905, endlich in der Festgabe für Hübler 1905 S. 85 „Materielles Justizrecht".

[2]) Der falschen Fährte Goldschmidts folgte auch Umhauer in der oben erwähnten Freiburger Dissertation.

3) Wenn hiernach die Zweiteilung der Handlungen nach der Verschiedenheit der Rechtsfolgen oder Angriffsobjekte nur eine Umgehung, keine Lösung des Problemes ist, so kann man auch umgekehrt nicht lediglich mit der Behauptung, daß die Polizeiübertretungen ebenso echt strafbare Handlungen seien wie die Verbrechen, den Unterschied bestreiten. Damit negiert man nur das Problem, nicht aber den Unterschied.[1])

4) Diesen vielerlei merkwürdigen Meinungen gegenüber war es nötig zu beweisen, was dem Unbefangenen selbstverständlich erscheint: daß strafbare Handlung auch wirklich strafbare Handlung ist.

Frank unterzog sich dieser Aufgabe.[2]) Mit historischen, logischen und positiv-rechtlichen Gründen legt er dar, daß die Strafbarkeit der polizeilichen und der übrigen Zuwiderhandlungen durchaus gleichen Wesens sei, um erst dann zu der schwierigen

---

[1]) Der erste, der einen begrifflichen Unterschied verneinte, war Abbegg, N. Archiv d. K.-R. XII (1832) S. 620. Gegen die Möglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung hat sich sodann mit großer Entschiedenheit J. C. A. Mittermaier ausgesprochen: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung I (1840) S. 230 f. u. N. Arch. 1848 S. 183 f. Einen begrifflichen Unterschied leugnen ferner Heffter, N. Arch. 1843 S. 113, Lehrbuch 1854 S. 34, Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts 1859 § 11 S. 115 f. Geib, Lehrbuch II S. 182, v. Bar, Handbch. I 1882 S. 348, Wahlberg, Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege 1869 S. 124.

Auch Schaper in Holtzendorffs Handbch. Bd. 2 S. 94 glaubt, daß der Versuch, ein prinzipielles Unterscheidungsmerkmal zu finden, aufgegeben werden müsse.

Ferner finden keinen begrifflichen Unterschied G. Meyer, Deutsch. Verwaltungsrecht I 1883 S. 161, Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte 1883 S. 129, Janka, Oesterreich. Strafrecht, 2. Aufl. S. 49, Pedro Dorado Montero und Kahn in Mitt. d. J. K. V. VII S. 56 und 136. Letzterer sagt: „Il ya là une question qui échappe à toute definition". Ganz ähnlich van Hamel Mitt. VIII S. 494.

Eine begriffliche Unterscheidung halten endlich für ausgeschlossen H. Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland 1902 S. 23, v. Weinrich, ZStW. 17 S. 793, 817, Rosenberg, ZStW. 24 S. 16 und sehr überzeugt Beling, Verbrechen S. 36.

Daß auch Frank schließlich auf dem Standpunkte des „Nihilismus" in dieser Frage angelangt ist, dürfte aus seinem Leitsatz I in den Mitt. d. J. K. V. XII S. 201 hervorgehen.

[2]) Studien, S. 7—15.

Frage zu gelangen, ob es eine begriffliche Zäsur zwischen beiden Deliktsarten gebe.

a) Vom Begriffe der Strafe ausgehend die Zäsur zu finden, erscheint kaum möglich. Denn wenn die Gleichheit der Strafzwecke, wie das Problem es verlangt, vorausgesetzt ist, so erscheinen die Strafen nur als verschieden große Uebel. In den Strafen differenzieren sich daher die Handlungen nur quantitativ. Es hat auch niemand den Versuch gemacht, auf diesem Wege einen qualitativen Unterschied zu finden.

b) Es bleibt hiernach nur übrig, das Kriterium in der Handlung zu suchen, d. h. im materiellen Handlungsbegriffe, also in denjenigen Umständen, die die Handlung als strafwürdig erscheinen lassen.

„Handlung ist gewolltes menschliches Verhalten."[1]) Dabei läßt sich Handlung in einem engeren Sinne, d. h. die Willensbetätigung durch positive oder negative Muskelbewegung, und der Erfolg unterscheiden. Beide zusammen machen die Tat aus, für die der allgemeine Sprachgebrauch ebenfalls den Ausdruck Handlung verwendet.[2]) Wir sind daher befugt, das Wort Handlung in diesem doppelten Sinne zu gebrauchen. Ob die Tat oder nur die Willensbetätigung gemeint ist, wird sich stets ohne weiteres aus dem Zusammenhange ergeben.

Jede Handlung ist (positive oder negative) Körperbewegung und als solche rechtlich irrelevant. Die Merkmale der Strafbarkeit, die äußerlich erkennbar sein müssen, können daher nur in den durch die Willensbetätigung hervorgerufenen Folgen liegen. Diese Folgen sind es, die als Wirkung der Handlung nicht nur die äußere Betätigung des Willens, sondern auch unter Umständen diesen selbst,[3]) einen rein innern Vorgang im Vermögen der Seele, charakterisieren.

α) Der Wirkung nach unterscheidet man allgemein Verletzungs- und Gefährdungsdelikte.

Verletzungsdelikte sind solche, die den Zustand einer Verletzung, Gefährdungsdelikte solche, die den Zustand einer Gefahr

[1]) Vgl. Beling, Verbr. S. 9.
[2]) Vgl. Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens 1894 S. 83, 84.
[3]) Vgl. van Calker, Vergeltungsidee und Zweckgedanke 1899 S. 18.

herbeigeführt haben. Gefahr[1]) ist die Möglichkeit einer Verletzung. Für den Begriff der Gefahr ist unerheblich, ob die Möglichkeit der Verletzung größer oder geringer ist; dagegen ist Größe der Gefahr strafrechtlich bedeutsam, und es wird hiernach unterschieden zwischen konkreter Gefahr, wenn ein bestimmtes (konkretes) Objekt in Gefahr ist, und zwischen abstrakter[2]) Gefahr, wenn die Möglichkeit der Verletzung für unbekannt ob und welche Objekte besteht, sich also aus der „abstrakten" Betrachtung der Handlung ergibt.

Die Unterscheidung der Handlungen in verletzende und gefährdende ist gang und gäbe, seitdem man nach dem materiellen Inhalte der Handlung oder dem Rechtsgrunde der Strafe fragt.

Selbst *Feuerbach,* der den Rechtsgrund der Bestrafung aller Handlungen in ihrer Gefährlichkeit sah, insofern also nicht nötig hatte, nach der Wirkung der Handlung zu fragen, unterschied rechtsverletzende und rechtsgefährdende Wirksamkeit einer Handlung.[3])

Nachdem *Birnbaum*[4]) anstelle des *Feuerbach*schen Rechtsbegriffes den des Gutes gesetzt hatte, hat man rechtsgutverletzende und rechtsgutgefährdende Handlungen unterschieden. Und diese Unterscheidung hat als oberste Einteilung der strafbaren Handlungen bis auf den heutigen Tag die Wissenschaft beherrscht.

Sie muß aber als falsch bezeichnet werden. Es haben sich zwar auch bisher schon eine Reihe von Stimmen erhoben, die

[1]) Ueber die zunächst angeführten Begriffe besteht kaum eine Meinungsverschiedenheit. Grundlegend für den Gefahrbegriff sind die Untersuchungen von Lammasch in Grünhuts Zeitschrift IX (1882) S. 221 f. und von Kries, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie Bd. 12 (1888) S. 179, auch ZStW. X S. 258. Dagegen ist die Anwendung des Gefahrbegriffs bestritten, s. u. im Text.

[2]) Auch genereller (Merkel, Hälschner) oder objektiver (v. Liszt.)

[3]) Dies ergibt sich aus seiner Lehre vom Versuch, Rev. II S. 249, 267. Damit hat Feuerbach seiner eigenen Behauptung, daß nur rechtsverletzende Handlungen strafbar sein können, (s. oben S. 5 6) widersprochen, also einen „logischen Fehler sich zuschulden kommen lassen", wie Birnbaum von ihm sagt, N. Arch. d. K. R. 1834 S. 168, wenn auch dort in einem nicht gerechtfertigten Sinne, s. unten S. 31.

[4]) „Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens", N. Arch. d. K. R. 1834 S. 149.

auf die irrige Anwendung[1]) des Gefahrbegriffes aufmerksam machten; aber sie gingen z. T. zu weit, indem sie leugneten, daß Gefahr ein Zustand sei, dem objektive Bedeutung zukomme,[2]) oder aber sie beschränkten sich darauf, den speziellen Gegenstand ihrer Untersuchung gegen die irrige Anwendung des Gefahrbegriffes zu verteidigen;[3]) der Grundfehler, daß man die Gefährdungshandlungen den Verletzungshandlungen an die Seite stellte, blieb unberührt.

So ist die Zweiteilung in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte der Theorie des Strafrechtes verhängnisvoll geworden, verhängnisvoll für die wichtigsten Lehren,[4]) für den Dolus, die Culpa, den Versuch, verhängnisvoll aber vor allem für unser Problem. Die Zweiteilung in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte hat alle, die eine Lösung nicht außerhalb der durch das Problem gesteckten Grenzen suchten, in ihren Bann gezwungen.

β) Nicht als ob man in dem Gegensatz von Verletzungs- und Gefährdungs-Handlungen schlechthin die Unterscheidung kriminellen und polizeilichen Unrechtes gesehen hätte,[5]) denn dann hätte man, wie *Merkel*[6]) zutreffend hervorhebt, den Verbrechensversuch als Polizeidelikt, erklären müssen; aber vermöge einer besonderen Auffassung des Begriffes der Verletzung und der Gefährdung glaubte man den Unterschied zu erkennen.

1. Die hier in Betracht kommenden Theorien stehen, soweit sie ihrer Meinung klaren Ausdruck geben,[7]) alle auf dem Boden der von *Merkel* und *Binding* begründeten Lehre.

[1]) Darüber siehe unten im Text.

[2]) So Hertz, Das Unrecht 1880 S. 73 f.

[3]) So Lammasch a. a. O. und v. Buri „Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch", Ger. S. Bd. 40 (1888) S. 503.

[4]) Eine Auswahl solcher Schwierigkeiten gibt Rosenfeld, Mitt. d. J. K. V. VII S. 201.

[5]) Die dahingehende Behauptung von Rosenberg, ZStW. 24 S. 6 nach Hugo Meyer, Lehrb. I S. 29, ist nicht zutreffend.

[6]) Krim. Abh. I S. 101.

[7]) Dies ist nicht der Fall bei Köstlin, der das Wort von dem „die „Juristen in Verzweiflung setzenden" Problem in die Wissenschaft eingeführt hat. In seiner „Neuen Revision" 1845 S. 28, 691, 692, sagt er von dem Polizeiunrecht, das er das „mögliche Unrecht" nennt, es umfasse eine besondere Art der gefährlichen Handlungen. Worin aber diese besondere Art besteht, sagt er nicht. Das rügt schon Bekker, Theorie I S. 120.

Merkel[1]) teilt die strafbaren Handlungen, die alle in der staatlichen Bedrohung mit Strafe ihren Formalgrund finden, ein in solche, bei denen außerdem noch ein Materialgrund vorhanden ist, und in solche, bei denen dieser fehlt. Der Materialgrund bestehe in der Beeinträchtigung fremder Rechtssphären (S. 78). Bei Omissivdelikten und den sog. Polizeiübertretungen fehle[2]) diese Beeinträchtigung (S. 78, 97); denn es „ist mit der Beziehung auf die in thesi möglichen Folgen eines Verhaltens dasselbe überhaupt seiner rechtlichen Natur nach nicht charakterisiert, wenn bei der Bestrafung desselben davon abgesehen wird, ob die betreffenden Folgen sich auch in hypothesi als mögliche erweisen lassen" (S. 97). Und trotzdem sollen die in thesi möglichen Folgen (z. B. Brandunglück) Grund der Verpönung der Handlung (des Rauchens an gewissen Orten) sein! (S. 96, 97). Diese „objektive Gefahr" sei Motiv der Strafdrohung, und doch sei „offenbar, daß dieselbe an und für sich die Strafe dem Handelnden gegenüber nicht zu rechtfertigen vermöge" (S. 98, 99).

Resultat: Die Polizeiübertretungen sind reine Ungehorsamsdelikte, die aus dem Grunde bestraft werden, weil sie bedroht sind (S. 97, 101). Und doch darf man dem Rechtsgrunde der Bestrafung das gesetzgeberische Motiv der Bedrohung nicht unterschieben! (S. 99)[3])

Im Ergebnis mit *Merkels* Theorie übereinstimmend ist *Bindings* Lehre.[4])

Obgleich *Binding* zunächst nicht sagt, was er unter einem Rechtsgute versteht, behauptet er, die Rechtsgüter — er denkt hier offenbar an körperliche Güter, — seien durch eine dreifache

---

[1]) Krim. Abh. I S. 76—103.

[2]) Um eine vollständige Darstellung der Theorie Merkels zu geben, sei noch angeführt, daß Merkel die in Wirklichkeit fehlende Beeinträchtigung einer Rechtssphäre als vom Strafrechte fingiert ansieht. Die Fiktion bestehe darin, daß das Objekt der Beeinträchtigung das an sich (von Natur oder nach dem sonstigen Rechte?) nicht zur Rechtssphäre gehöre, derselben zugerechnet werde, S. 77—82, 97, 101.

[3]) Im Gegensatze hierzu sagt Merkel in seinem Lehrbuche 1889 S. 180: Der Zweck (und damit der Grund) der Verhängung der Strafe sei derselbe wie der Bedrohung.

[4]) In dem berühmten § 30 seiner Normen I, der in der hier zitierten zweiten Auflage in § 48—54 zerlegt ist.

Brustwehr von Normen geschützt, nämlich Verletzungsverbote, Gefährdungsverbote und Verbote schlechthin. Nachdem er inzwischen als Rechtsgut alles bezeichnet hat, für das wenigstens eine Norm besteht,[1]) ist es ihm möglich nachzuweisen, daß auch die Gefährdungsdelikte verletzen, nämlich jene Gutseigenschaft der Existenzsicherheit, die durch das Gefährdungsverbot geschaffen wird. Nicht in gleicher Weise verfährt *Binding* aber bei Betrachtung der Zuwiderhandlungen gegen die Verbote schlechthin, obgleich er auch von diesen sagt, daß sie aus Sorge vor Verletzung (S. 326, 401), also zur Schaffung einer weiteren Existenzsicherheit statuiert seien.

So gelangt *Binding* auf nicht weniger widerspruchsvollem Wege wie *Merkel* dazu, ganz wie dieser, materiell-formelles Unrecht einerseits und rein formelles andererseits zu unterscheiden (S. 412, 327).

Der Gegensatz von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten erhält hiernach bei *Merkel* und *Binding* die Gestalt, daß als Verletzungsdelikt nicht nur die Beeinträchtigung durch eigentliche Verletzung, sondern auch durch konkrete Gefährdung, als Gefährdungsdelikt aber die abstrakte Gefährdung, der reine Ungehorsam, erscheint. In dieser Gestalt nimmt ihn die herrschende Lehre als Kriterium der Zweiteilung an. Ob hierbei die Polizeiübertretungen in der Hauptsache als abstrakte Gefährdungsdelikte oder reiner Ungehorsam oder als Delikte ohne Materialgrund, oder als solche bezeichnet werden, bei denen das Motiv des Gesetzgebers nicht den Materialgrund der Strafe ausmacht, dürfte nach dem Gesagten nur eine unwesentliche Unterscheidung sein.[2])

---

[1]) Das wird man wohl als die Quintessenz des § 50 bezeichnen dürfen.

[2]) Die herrschende Lehre wird außerdem noch vertreten durch Geyer, der an dem oben S. 7 bereits angeführten Orte als Polizeiübertretungen Handlungen bezeichnet, die ohne Rücksicht darauf, ob eine konkrete Gefahr wirklich eintritt, Gefahr mit sich bringen. Wie Geyer könnte noch mancher der hier Aufzuführenden bereits bei der Gruppe derer, die den Unterschied im Angriffsobjekt suchen, erwähnt werden; denn wie unten im Texte noch auszuführen sein wird, sind die hierher gehörigen Meinungen von der Feuerbachs und seiner Nachfolger im Grunde gar wenig verschieden.

Hälschner, Deutsches Strafrecht 2. Bd. 2. Abt. 1887 S. 599 f., findet den Charakter der Polizeidelikte in dem reinen Ungehorsam. Da er aber den reinen Ungehorsam stets als generelle Gefährdung erkennt und diese begrifflich nicht

11. Bei genauerem Zusehen muß die Verwandtschaft der herrschenden Lehre mit der Theorie *Feuerbachs* und seiner Nachfolger auffallen. Denn wenn *Merkel* und *Binding* sagen, bei den Polizeidelikten werde lediglich die Norm verletzt, bei den kriminellen außerdem noch ein Weiteres, so wird doch im Grunde nichts anderes behauptet, als was *Feuerbach* auch meinte: Die Polizeidelikte verletzen Interessen, die erst durch das Recht geschaffen sind, die Verbrechen solche, die bereits bestehen und nur noch vom Strafrechte einen erhöhten Schutz erhalten.

---

von der konkreten unterschieden wissen will, trennt er die Polizeidelikte überhaupt nicht begrifflich von den kriminellen. Ganz denselben Standpunkt nimmt, und zwar bewußt, v. Buri, Ger. S. Bd. 40 S. 512, ein.

In gleichem Sinne wie Merkel und Binding begründen ferner den Unterschied Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe 1878 S. 122, Rupp, Modernes Recht und Verschuldung 1880 S. 78 f., Weingart, Anwendung der allgemeinen Grundsätze von dolus und culpa auf Uebertretungen 1879 S. 5, Keßler, Die Einwilligung des Verletzten 1884 S. 63, Rosin in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts II (1890) S. 273 und Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen 1895 S. 26. Look, Der strafr. Schutz der Eisenbahnen 1893 S. 98, Rotering, Polizeiübertretungen und Polizeiverordnungsrecht 1888 S. 13 und neuerdings ZStW. 26 S. 777. Auch v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht 1886 S. 17, ist hierher zu zählen, obgleich er die abstrakte Gefahr in einem eigenen Sinne versteht. Ferner Gretener in Zeitschrift für Schweizer Strafrecht Bd. 6 S. 228, v. Liszt, Lehrb. 10. Aufl. S. 119, Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1904 S. 107, Hiller in Mitt. d. J. K. V. VI S. 361, Tavares de Medeiros und Henriquez de Silva in Mitt. VI S. 299 und 431, Rosenfeld, Mitt. VII S. 199, auch 267, Frank, Kommentar zum StGB. 3. u. 4. Aufl. S. 481, und Mitt. VII S. 186. In seinen „Studien" S. 18 hatte Frank, um nicht abstrakte Gefährdungsverbrechen wie die Brandstiftung als Polizeidelikte erklären zu müssen, anzunehmen versucht, daß bei diesen Verbrechen der Eintritt einer konkreten Gefahr gesetzlich präsumiert werde, indessen selbst erkannt, daß keinerlei logische Gründe uns abhalten, diese Präsumtion auch für die übrigen abstrakten Gefährdungsdelikte anzunehmen (vgl. unten S. 19 von Buris Meinung).

Daß Frank neuerdings an der Möglichkeit einer Unterscheidung, ob verletzend oder gefährdend, nicht mehr ganz fest halten zu können glaubt, wurde oben bereits erwähnt.

Endlich sind noch hier zu erwähnen: Guderian in ZStW. 21, S. 870. Nicht minder läßt sich Goldschmidt hierher zählen, wenn er in der deutschen Juristenzeitung 1902 S. 214 sagt, das Rechtsdelikt enthalte außer dem formellen Elemente ein materielles, das Verwaltungsdelikt immer nur ein formelles.

Den Schluß bilde Olshausens Kommentar zum StGB. 6. Aufl. 1900 § 1 Note 1, Bd. 1 S. 37.

Am auffallendsten aber erscheint die ausdrückliche Auseinanderhaltung von Rechtsgrund der Strafe und gesetzgeberischem Motiv, während fast im selben Atem sowohl *Merkel* wie *Binding* sich genötigt sehen, um die Strafe des reinen Ungehorsamsdelikts nicht als Willkür erscheinen zu lassen, auf das Motiv, aus dem die Handlung verboten ist, Bezug zu nehmen. Wenn man aber das Motiv der Bedrohung als Strafgrund gelten ließ, also doch mit *Feuerbach* annahm, daß die Verhängung der Strafe als Konsequenz des Verbotes gerechtfertigt sei, was sollte dann noch ein Materialgrund der Strafe? Oder wenn man umgekehrt die in thesi möglichen Folgen nicht als Grund der Strafe anerkennen konnte, warum dann nicht mit dem Mute, den *Henke*[1]) gezeigt hat, Abschaffung der Strafen wenigstens für die reinen Ungehorsamsdelikte fordern? Wie darf übrigens gerade *Binding,* der den Satz aufgestellt hat, die Strafgesetze bestimmen in erster Reihe das Recht und die Pflicht des Staates, Strafe zu verhängen,[2]) in dem gesetzgeberischen Motive den Grund der Verbotsdrohung und nicht vielmehr lediglich den Strafgrund erblicken?

5) Müssen so schon die Widersprüche, in die sich *Merkel* und *Binding* bei Aufstellung ihrer Theorien verwickelten, gegen ihr Einteilungsprinzip Bedenken erregen, so ergibt noch mehr eine inhaltliche Betrachtung der Handlungen, daß, wo nach der Wirkung einer Handlung gefragt ist, der Begriff der Gefährdung überhaupt keinen Raum hat.

a) α) Wirkung, Folgen kann nur eine Handlung haben, die auch wirklich begangen worden ist. Wenn wir wirklich, insbesondere körperlich betätigte Handlungen vor uns haben, so können wir, auf die Tat zurückblickend, nur Handlungen unterscheiden, die verletzend und solche, die nicht verletzend auf das angegriffene Objekt gewirkt haben. Ein Drittes ist ausgeschlossen. Gefährdend gewirkt haben kann eine derartige Handlung nicht; denn Handlungen, die nicht verletzt haben, konnten nach dem Kausalzusammenhange, d. i. den Umständen des konkreten Falles, unmöglich verletzen, somit auch niemals die Möglichkeit einer Verletzung in sich tragen.[3]) Wenn ein Schuß auf einen Men-

[1]) Handbuch des C. R. S. 193, vgl. auch das oben über Henke Gesagte.

[2]) Normen I S. 20, 21.

[3]) Vgl. hiezu Hertz, Das Unrecht S. 74 f.

schen[1]) so beschaffen ist, daß die Kugel nach den Umständen des Falles nicht treffen konnte, sondern haarscharf an dem Kopfe des Menschen vorbeiflog, dann ist, weil nie eine Ursache zu einer Verletzung des Menschen vorhanden war, der Mensch ebenso wenig beeinträchtigt, wie wenn die Schusslinie 100 m über dem Kopfe liegt, oder wie wenn der Schuß gar nicht losgegangen ist. Und wenn sich dieser Vorfall hundert Mal ereignet hat, der Mensch hat weder eine Verletzung noch sonst eine „capitis" deminutio erlitten. Es ist allerdings hier vorausgesetzt, daß der Mensch in keiner Weise, auch nicht durch Erregung von Furcht, verletzt wurde; denn anstatt des Menschen muß ebensogut ein lebloses Gut gesetzt werden können.

von Liszt[2]) glaubt den Schlüssel zu einer gegenteiligen Auffassung darin gefunden zu haben, daß er die Gefahr als einen näheren Erfolg der Handlung betrachtet, ebenso wie die Verwundung ein vor der Tötung liegender näherer Erfolg der Handlung ist. Nun kann er zwar die betätigte Handlung in dem Zeitpunkte betrachten, in dem erst die Verwundung eingetreten ist; er kann sich den späteren Erfolg wegdenken, es bleibt eine Handlung, (die die Verwundung verursacht hat, und ebendieselbe, die später die Tötung verursachen wird) bestehen. Sucht er aber den Zeitpunkt auf, in dem er die Handlung als gefährdende sieht, so gelangt er vor die Körperbewegung, die den Beginn des Daseins der Handlung bedeutet. Eine Handlung ist dann nicht mehr vorhanden.

Wenn wir nach vollbrachter erfolgloser Tat davon reden, daß die Handlung gefährlich war, so tun wir dies mit Bezug auf eine Verletzung, die eingetreten wäre, wenn die Handlung anders beschaffen gewesen wäre, nämlich so, wie wir uns einbildeten. Nicht die Handlung also, sondern unsere Vorstellung von der Handlung hat das gefährdete Objekt in den Zustand der Beeinträchtigung versetzt. Der Zustand der Gefährdung besteht daher in gedachten Beziehungen des Objekts zu einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen, nämlich jener vorgestellten Handlung. Noch

[1]) Denken wir an den lehrreichen Fall, in dem ein Jäger, aus dem Walde tretend, einem Bauern, den er auf dem Felde Tabak rauchen sieht, die Pfeife aus dem Munde schießen wollte, v. Liszt, Strafrechtsfälle, 6. Aufl. Nr. 12.

[2]) Lehrbuch, 10. Aufl. S. 103, § 28 II.

klarer wird uns dies, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die Handlung das Objekt aus dem Gegenteile des Zustandes der Gefahr, dem Zustande der Sicherheit, herausgebracht hat. Denn im Zustande der Sicherheit kann ein Ding nur sein mit Bezug auf gedachte Handlungen.[1])

[3]) Dem steht nicht entgegen, daß das positive Recht den Eintritt der Strafe vielfach daran knüpft, daß eine Gefährdung stattgefunden hat.[2]) Denn damit ist lediglich und höchstens gesagt, daß das Gesetz der betätigten Handlung die Wirkung jener anderen, der vorgestellten Handlung, durch „Präsumtion" beilegt,[3]) daß also das Gesetz eine Handlung mit Strafe belegt wissen will, gleichviel, ob sie Ursache einer Verletzung für das gefährdete Objekt ist oder nicht. Wenn z. B. der § 312 StGB. den mit Strafe bedroht, der mit gemeiner Gefahr eine Ueberschwemmung stiftet, so will er Handlungen von einer ganz bestimmten, in der empirischen Außenwelt[4]) liegenden Beschaffenheit als strafwürdig erklären: solche, die, noch nicht begangen, nach den sie begleitenden Umständen als Ursache einer allgemeinen Verletzung gedacht werden können. Betrachten wir weiter § 367 Ziff. 12 StGB. Hier müßten die Brunnen, Keller, Gruben, Oeffnungen nach Größe, Lage, Zugänglichkeit und nach den besonderen Umständen des Ortes und der Zeit, unter denen sie verdeckt oder verwahrt werden müssen, genau angegeben werden, um die Willensbetätigung zu definieren, die Voraussetzung der Strafe ist. Dies erforderte eine unendliche Kasuistik. Soll schließlich im Falle des § 223a StGB. die Gefährdung unter Strafe gesetzt und nicht vielmehr lediglich die Art der Gewaltanwendung[5]) gekennzeichnet werden?

Der Gesetzgeber ist in diesen Fällen gar nicht in der Lage, die ihm begrifflich genau vorschwebenden Handlungen anders zu bezeichnen, als indem er das Motiv seiner Strafdrohung, das allein

[1]) Vgl. die Ausführungen unten S. 40—42.

[2]) Damit glaubt z. B. Busch, Gefahr 1897 S. 9, das Gegenteil beweisen zu können.

[3]) Vgl. v. Buri, Ger. S. Bd. 40 S. 504.

[4]) Auf die Zweifel der Erkenntnistheorie braucht nicht eingegangen zu werden, vgl. Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens 1894 S. 65.

[5]) „Die gefährliche Begehungsart", RG. VI S. 396.

erkennen läßt, was für Handlungen er meint, in den Tatbestand aufnimmt. Er pflegt ja in den Strafgesetzen nicht zu sagen, was verboten ist,[1]) sondern jeweils nur den Fall genau festzulegen, in dem eine Handlung bestraft wird. Deshalb beschreibt er gewöhnlich die Handlungen nach ihren Folgen, die man allein vom Standpunkte ex post zu erkennen vermag. Ein Trugschluß aber wäre es, nun anzunehmen, daß auch in Fällen der angeführten Art die Handlung von hinten her betrachtet und die Gefährdung wirkliche Folge sei. In solchen Fällen ist vielmehr eine Beschreibung nach den Folgen unmöglich, weil oft keine Folgen ersichtlich sind. Der Gesetzgeber ist kein Systematiker. Wenn es technisch unausführbar ist,[2]) die tatsächlichen Umstände, die bei einer begangenen Handlung in allen ihren einzelnen Kombinationen Voraussetzungen der Strafe sind, anzugeben, dann entschließt er sich, die Handlung zu beschreiben, wie sie dem Täter bezw. jedermann vor ihrer Begehung erscheint. Gleichviel ob er sagt, es ist zu bestrafen, wer gefährdet hat, oder: wer getan hat, was geeignet war zu gefährden (§ 308 StGB.), in beiden Fällen weist er den Richter an, von den Folgen der Handlung abzusehen und zu prüfen, ob die Handlung, als sie noch nicht begangen war, so beschaffen war, daß sie dem Täter bezw. jedermann als gefährdend erschien oder erscheinen mußte.

b) α) Hieraus aber ergibt sich, daß es für den, der die Handlundlungen systematisch betrachtet,[3]) logisch unzulässig ist, den Gefährdungsdelikten irgend welcher Art solche gegenüberzustellen, die auch nur die leiseste Beeinträchtigung des angegriffenen Objektes verursacht haben. Denn als Verletzungsdelikt erscheint eine Handlung, die, nachdem sie begangen ist, eine Verletzung, als Gefährdungsdelikt eine solche, die, ehe sie begangen ist, eine Gefahr aufweist. Hiermit werden inkommensurable Größen nebeneinander gestellt, indem die Willensbetätigung einmal als Ursache eines eingetretenen Ereignisses, das andere Mal als Ursache eines

[1]) In welchen Fällen er ausdrücklich Verbotsnormen aufstellt, darüber vgl. M. E. Mayer a. a. O. (s. oben S. 7 in der Anmerkung).

[2]) Daß der Gesetzgeber oft gar nicht die Wahl hat, erkennt auch Oppenheim a. a. O. S. 176.

[3]) In dem oben S. 1 dargelegten Sinne.

befürchteten Ereignisses ins Auge gefaßt wird. Im ersten Falle wird die Tat als vollendete, vom Standpunkte des passiven Teiles, im zweiten die erst geplante Tat, vom Standpunkte des Täters, betrachtet.

Jede Straftat läßt sich von beiden Gesichtspunkten aus betrachten, mehrere mit einander zu vergleichende zur selben Zeit nur von einem. Man hat daher bei Aufzählung der Delikte lediglich die Wahl, auf welchen von den zwei sich gegensätzlich verhaltenden Standpunkten man sich stellen will.

Entscheidet man sich für die Gefährdung, so erscheinen die Delikte auf dem Wege „nachträglicher Prognose“ als noch nicht begangene, sondern nur als gedachte Willensbetätigungen, die auch nur durch einen gedachten (vorausgesehenen) aber nicht wirklichen Erfolg qualifiziert sind. Von diesem Standpunkte ist es daher unmöglich, absolut bestimmt zu sagen, was Voraussetzung der Strafe ist; denn die Beschaffenheit sowohl der Handlung als auch ihres Erfolges sind Gegenstand subjektiven Befindens.[1]) Diese Erwägung erklärt es, warum der Gesetzgeber nur ausnahmsweise zur Fassung greift: „wer gefährdet, wird . . . bestraft,“ obgleich diese Fassung seinen Wünschen — Zurückdrängung derjenigen Handlungen, die voraussichtlich den reprobierten Erfolg haben werden[2]) — näher steht.

Wollte der Gesetzgeber nicht diese Unbestimmtheit in der Voraussetzung der Strafbarkeit vermeiden, so könnte er sich die Mühe der Erlassung so vieler einzelner Strafgesetze ersparen und statt dessen, wie z. B. *Stübel*[3]) vorgeschlagen hat, einfach denjenigen für strafbar erklären, der 1. Leben oder Gesundheit, 2. das Eigentum, 3. den Staat, 4. sonstige Güter gefährdet. Es ließe sich auch jeder Tatbestand derjenigen Gesetze, die eine Verletzung strafen, ohne daß sich ihr materieller Inhalt änderte, nach Art der gemeingefährlichen Verbrechen fassen, wobei u. A. die Sonderbestimmung über den Versuch wegfallen könnte. So könnte § 211 verbunden mit §§ 43, 44 StGB. lauten: Wer, um einen Menschen zu töten, (mit Ueberlegung) eine Gefahr für das

[1]) Vgl. Hertz, Unrecht S. 81.
[2]) Vgl. unten S. 23.
[3]) N. Arch. d. Kriminalrechts VIII S. 314.

Leben eines Anderen herbeiführt (oder: eine Handlung begeht, die einen Anderen zu töten geeignet ist), wird [wegen versuchten Mordes] mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren, und wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, [wegen vollendeten Mordes] mit dem Tode bestraft. Statt des Verletzungsdeliktes haben wir ein Gefährdungsdelikt, und merkwürdigerweise gehört nun der Mord zu der besonderen Kategorie der „durch den Erfolg qualifizierten" Delikte.

Diese Fassung des Gesetzes erscheint nicht sowohl, wie die gewöhnliche, unmittelbar an den Richter, als vielmehr drohend an den Täter gewendet. In diese Warnungsform gekleidet wird ihm vor Begehung der Tat jedes die Verletzung strafende Gesetz erscheinen. Ihm erscheint zunächst sein Vorhaben als ein im höchsten Maße gefährdendes; denn auch der scharfsinnigste Mörder kann nie sicher sagen, daß seine Willensbetätigung in einem bestimmten Falle von tötlichem oder überhaupt verletzendem Erfolge für sein Opfer sein werde.[1]) Wenn wir also auf dem Standpunkte stehen, der uns die Handlungen ex ante, d. i. vor und zur Zeit der Willensbetätigung zeigt, so können wir nie Verletzungs-, sondern stets nur Gefährdungsdelikte sehen. Diese Behauptung läßt sich als theoretische wohl aufstellen; denn auch diejenigen Handlungen, bei denen scheinbar die Perfektion mit der Betätigung gegeben ist, lassen von der Willensbetätigung bis zur vollendeten Tat einen, wenn auch noch so geringen Zeitraum, vor dessen Ablauf die Wirkung der Handlung auf das angegriffene Objekt nicht ersichtlich ist.[2])

β) Die Beschaffenheit einer gewissen Willensbetätigung erweckt in uns, wie im Täter, die Vorstellung der Gefahr für ein Gut dadurch, daß wir die Handlung nicht in ihrer konkreten Einzelgestalt betrachten (was uns mangels Allwissenheit nicht möglich ist), sondern als eine jener Art Handlungen, die nach den Erfahrungen des Lebens in nicht wenigen Fällen eine Verletzung mit sich bringen. Weil einem Artbegriffe die Gefahr eignet, deshalb ist jede Handlung dieser Art gefährlich. Die

[1]) Vgl. Frank in ZStW. 10 S. 208 f. und Lammasch in Grünhuts Z. IX S. 237.

[2]) Vgl. Lammasch in Grünhuts Z. IX S. 303, v. Liszt, ZStW. I S. 95, Bünger, ZStW. VI S. 334.

Gefahr ist also stets generell.[1]) Sie ist das Ergebnis einer Abstraktion, einer Wahrscheinlichkeitsrechnung, ein Ergebnis aber, dem objektive Bedeutung zukommt. Denn da jedermann über die wahre Beschaffenheit einer zu begehenden Handlung sich in Unkenntnis befindet, so ist für die Beurteilung derselben die allgemein vorgestellte Beschaffenheit maßgebend, sodaß überhaupt keine wirkliche, sondern nur eine vorgestellte Handlung Gegenstand rechtlicher Regelung sein kann.[2])

Die Vorstellung, daß eine Handlung verletzen könne oder werde, berechtigt, die Handlung zu verbieten, und zwar umso intensiver, je größer die Gefahr erscheint (*Feuerbach*); denn je mehr Merkmale die Handlung aufweist, die als regelmäßige Ursachen von Verletzungen bekannt sind, umso mehr kann verlangt werden, daß die Handlung unterbleibe, selbst dann, wenn der Täter dartun sollte, es werde in einem genauer von ihm überblickten Falle eine Verletzung aller Voraussicht nach nicht eintreten.

c) So richtig es nun auch erscheint, eine vorgestellte Handlung

[1]) So auch von Rohland, Die Gefahr 1886 S. 15.

[2]) Ist dies richtig, — die nachfolgenden Betrachtungen werden die Richtigkeit erweisen, — so ergibt sich daraus klar der Grundfehler der Bindingschen und anderer Normentheorien. Die Norm hat zwei Seiten, eine formelle, „Du sollst nicht tun", und eine materielle, „Du sollst nichts Schlimmes tun". Insofern Binding von Normen ohne materiellen Inhalt (Verboten schlechthin) spricht, wurde ihm mit Recht der Vorwurf des Formalismus gemacht. Dieser Vorwurf (als ob eine Handlung aus reiner Willkür und nicht etwa wegen der in ihr liegenden, wenn auch noch so entfernten Möglichkeit einer Schädigung verboten sei), trifft auch heute noch alle diejenigen, welche läugnen, daß Verbrechen eine sozialschädliche oder -gefährliche Handlung ist, es sei denn, daß sie, wie z. B. Beling, Verbr. S. 32, sich ausdrücklich rein auf den Standpunkt der Anwendung des positiven Strafrechts stellen, von dem aus nach einem materiellen, d. h. anderen Strafgrunde als dem Bestehen der Strafdrohung nicht gefragt werden kann, vgl. auch unten S. 46 Anm. 1. Dieser Vorwurf des Formalismus ist Binding nur zum geringsten Teile zu machen, da er seinen Normen regelmäßig einen materiellen Inhalt gab. In der Erfassung dieser materiellen Seite aber unterlief ihm der große Irrtum, als gäbe es mit Bezug auf ein körperliches Gut eine Norm: Du sollst nicht verletzen. Alle Normen können, wie unten S. 42 näher ausgeführt ist, höchstens lauten: Du sollst nicht gefährden (natürlich am wenigsten mit dem Wunsche zu verletzen). Letzteres erkennt auch Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen S. 130 f. und in ZStW. 23 S. 441 f., insbes. 459. Ueber das auf diesem Irrtume beruhende System Bindings, vgl. unten S. 48.

wegen vorgestellter Schäden zu verbieten, so wenig einleuchtend ist es, daß Strafe eintreten soll, wenn nicht die vorgestellte, sondern eine ganz andere, nämlich die wirkliche Handlung betätigt wurde, deren harmloser Erfolg gezeigt hat, daß die Furcht vor Verletzung in eben diesem Falle unbegründet war.[1]) Ist es doch für die moderne Gesetzgebung „die Frucht eines Philosophems der Aufklärungsperiode", daß nur diejenige Handlung ein Verbrechen sein kann, welche in die Sphäre eines Anderen eingreift.[2]) Der Eingriff in die Sphäre des Nächsten, mag man ihn Verletzung oder Beeinträchtigung nennen, ist demnach Voraussetzung und Grund der Strafe. Selbsteinleuchtend ist aber dieser Satz keineswegs. Wer also, wie *Frank,* ihn zum Ausgangspunkte seiner Untersuchungen macht, darf sich nicht mit dem Hinweise begnügen, daß er allgemein anerkannt sei, sondern muß ihn auf logische Grundlagen stellen, zumal er hinfällig wird, sobald es eine einzige strafbare Handlung gibt, die nicht verletzt hat.

Daß es solche gibt, ist aber keineswegs schon dadurch bewiesen, daß in der Gefährdung keine Verletzung liegt. Dies meint z. B. *Schaper,*[3]) der infolgedessen (als ob es sich um eine Auslegungsfrage handelte!) die Annahme einer beeinträchtigenden Wirkung der Gefahr beibehalten zu müssen glaubt, da es sonst bei den Gefährdungsdelikten an einem vernünftigen Strafgrunde ermangele. Dies meint auch *Hertz,*[4]) der aber umgekehrt, weil er strafbare Handlungen ohne schädliche Wirkung zu erkennen glaubt, eine Verletzung zum Wesen der strafbaren Handlung für nicht erforderlich erklärt.

Wird andrerseits die Richtigkeit des Satzes „Keine Strafe ohne Verletzung" unumstößlich dargetan, dann können wir angesichts unserer Untersuchung über den Gefahrbegriff nicht mehr schließen, wenn keine Verletzung ersichtlich ist, so muß in der Gefährdung die Beeinträchtigung liegen, sondern müssen uns sagen, daß es Täuschung war, wenn wir keine Verletzung ersahen.

[1]) Das ist es, was an Feuerbachs Formaltheorie nicht befriedigt, und worin ihm auch Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit 1903 S. 164 § 13, keine Rettung bringt.

[2]) Vgl. Frank, Studien S. 3.

[3]) In v. Holtzendorffs Handbch. des Strafrechts II S. 95.

[4]) Unrecht S. 16.

Wir werden, die Fälle, in denen anscheinend keine Verletzung vorliegt, erneut prüfend, uns fragen: Worin besteht überhaupt die Verletzung? und also: Welches ist das Objekt, das verletzt werden kann, aber nicht verletzt werden soll, das geschützte Objekt?

Und diese Frage läßt *Frank* gerade da offen, wo es darauf ankommt zu zeigen, daß es keine strafbare Handlung geben kann, die nicht in eine fremde Sphäre eingreift.

An eben diesem Mangel leidet aber auch unsere bisherige Untersuchung, weshalb sie zu einem positiven Ergebnisse nicht führen konnte. Allein die Unzulänglichkeit der herrschenden Meinung sollte auf ihrem eigenen Boden dargetan werden. Dies ist erreicht mit dem Nachweise, daß die gefährliche Handlung dasjenige Objekt, welches sie hätte verletzen können und nicht verletzt hat, auch nicht durch Gefährdung beeinträchtigt hat. Mit diesem negativen Ergebnisse ist bereits viel gewonnen; denn nun ist klar, wo der Fehler zu suchen ist: darin, daß man von der unbewiesenen Voraussetzung ausgieng, das gefährdet erscheinende nicht verletzte Objekt sei dasjenige, auf dessen Verletzung oder Nichtverletzung es dem Strafrechte ankomme.

Wir werden also zunächst darauf geführt zu untersuchen: Was ist das Objekt, das durch jede strafbare Handlung verletzt wird, oder aber: Was ist Voraussetzung und Grund der Strafe?

II. Hauptstück.

Entwickelung des Begriffes der strafbaren Handlung.

Es wäre nun denkbar, durch Untersuchung des Wesens der Strafe ihren Rechtsgrund, eben die Verletzung des geschützten Objektes, und damit dieses selbst festzustellen. Allein dieser Weg erscheint nicht empfehlenswert, schon des Mißtrauens wegen, dem die Untersuchung begegnen würde, wenn sie sich auf der Strafrechtstheorie aufbauen wollte.

So bleibt die Aufgabe, unmittelbar nach dem geschützten Objekt zu fragen. Finden wir die richtige Antwort, so wird sich aus der Verletzung des Schutzobjekts von selbst eine logische Begründung der Strafe ergeben, die uns als Probe auf das Gefundene dienen wird.

1) a) Mit den Objekten der strafbaren Handlung hat sich eingehend *Oppenheim* befaßt.[1]) Er gibt eine Uebersicht über die Meinungen, die in vier Gruppen zerfallen, je nachdem sie ein Recht, Rechtsgut, Interesse oder nichts als das Gesetz durch die strafbare Handlung für verletzt halten. Wenngleich es ihm nicht gelungen ist, etwas Besseres anstelle der von ihm sämtlich verworfenen Theorien zu setzen,[2]) so ist es doch sein Verdienst,

[1]) Die Objekte des Verbrechens 1894.

[2]) Nach Oppenheim gibt es überhaupt kein einheitliches Schutzobjekt; als solche bezeichnet er Zustände, Gefühle, Rechte und Pflichten S. 60. 194.

hervorgehoben zu haben, daß man bei allen Handlungen unterscheiden muß, zwischen dem Schutzobjekt, gegen das sich der Angriff im Sinne des Gesetzgebers richtet, dessen Verletzung also bei Betätigung einer verbotenen Handlung die Strafe auslöst, und dem Handlungsobjekt, das dem Täter als Gegenstand des Angriffes und als Mittel des Verbrechens erscheint, und endlich zwischen dem Definitionsobjekt, das dem Gesetzgeber dazu dient, einen bestimmten Tatbestand zu umgrenzen.

b) Was wir festzustellen haben, ist das Schutzobjekt im Sinne *Oppenheims*, um dessen Verletzung willen Strafe erfolgt.

Um das Schutzobjekt zu finden, dürfen wir nicht von der Betrachtung der Tatbestände des positiven Rechtes ausgehen. Sonst kämen wir nicht weiter wie *Oppenheim,* dessen Fehler es gerade war, daß er das Schutzobjekt aus den Tatbeständen herausdestillieren wollte, in denen es gar nicht enthalten ist. Denn die Tatbestände bedeuten lediglich die Voraussetzungen, unter denen Strafe fällig wird. Was jedoch den Gesetzgeber veranlaßt, bei Erfüllung der angegebenen Voraussetzungen jeweils Strafe zu statuieren, das braucht er dem Tatbestande nicht hinzuzufügen, und er fügt es meistens nicht hinzu.[1]) Wir müssen daher dem Gesetzgeber nachgehen bis in jenes Stadium seiner Tätigkeit, in dem er die Handlungen noch nicht in Tatbestände gegossen hat, sondern sie noch sieht lediglich als menschliche Willensbetätigungen, deren Wirkung sein Einschreiten mit Strafe möglich und nötig erscheinen läßt.

Und auf diesem Standpunkte stehend können wir nur, aber auch jedenfalls, sagen, daß die Handlungen rechtswidrig sind, also, wenn überhaupt, etwas verletzen, das unter dem Schutze des Rechtes steht.

Da wir hiernach nur über den Begriff des Rechtes zu dem Schutzobjekt und seiner Verletzung gelangen können, bedarf es zunächst einer Festlegung dieses Begriffes, über den in der Wissenschaft die auseinandergehendsten Meinungen aufgestellt worden sind. Wir werden das Wesen des Rechts als einer Erscheinung des Lebens auf logisch-erkenntniskritischem Wege zu ergründen haben.[2])

[1]) Wann er das Motiv in den Tatbestand aufnimmt, darüber s. o. S. 19 a. E.

[2]) Vgl. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit S. 4—6.

c) α) Das Recht ist die ethische Regel für das Verhalten der Menschen untereinander und zwar in Beziehung auf die ihrer Willensmacht unterworfenen Dinge. Zu den Dingen (Realitäten) gehört alles, was Gegenstand unserer Betrachtung sein kann.[1]) Die Dinge werden für uns zu Gütern dadurch, daß wir Interesse an ihnen nehmen. Interesse ist zunächst nichts weiter als die Vorstellung des Dinges. Da aber die Vorstellung sich auf zwei Zustände, nämlich auf das Haben und das Nichthaben des Dinges, erstreckt, wird das Interesse zur Vorstellung des Unterschieds (inter-esse) zwischen den beiden Zuständen, somit zur Wertanschauung, die wir von dem Dinge haben, und als Größe gleich dem Maß des uns durch das Ding vermittelten Genusses. So erscheint das Interesse als Gefühl[2]) mit dem lebhaften Bestreben nach einer Nichtveränderung oder Wiederherstellung des Genußzustandes. In unserem Bewußtsein vermittelt gerade das Vorhandensein dieses Bestrebens uns die Erkenntnis unseres Interesses, weshalb wir oft das Bestreben mit dem Interesse identifizieren. Wir fragen uns stets, ob das Bestreben vorhanden ist, wenn wir wissen wollen, ob ein Ding ein Gut für uns ist. Aus diesem Grunde erscheint uns das Interesse dem Gute gegenüber begrifflich als das frühere, und wird uns stets durch eine Veränderung des Interesses eine Verbesserung oder Verschlechterung des Gutes angezeigt.

Das Interesse beruht auf den Eigenschaften des Gutes.[3]) So erzeugt die Eigenschaft einer Sache, daß sie mein ist, d. h. daß ich sicher bin, mit ihr nach Belieben schalten und walten zu können, ein ganz bestimmtes Interesse, dasjenige nämlich, welches der Genuß des Eigentums gewährt. Indem so das Recht Interessen schafft und gewährleistet (sichert), macht es die den Interessen zugrunde liegenden Güter zu Rechtsgütern. Das Interesse bildet daher den Inhalt eines konkreten (subjektiven) Rechts, weshalb wir letzteres definieren können als dasjenige Verhältnis einer Person zur Gesellschaft (nicht zur Sache!), vermöge dessen die Person an einem Gegenstande ein Interesse hat.

[1]) So auch Oppenheim, Obj. S. 77.

[2]) Vgl. Schuppe, Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie 1881 S. 14, M. E. Mayer, Rechts- und Kulturnormen S. 54, 55.

[3]) Gleichgiltig, ob die Eigenschaft als Qualität oder Relation erscheint,

Recht in abstrakto ist das Verhältnis aller zu allen, vermöge dessen die Gesamtheit der Interessen (das öffentliche Interesse s. u.) besteht.

Damit daß das rechtliche Interesse auf einem menschlichen Verhalten beruht, ist sein Wesen (eine Doppelnatur) klar gestellt. Es ist tatsächlicher Natur, insofern es den Genuß zur Grundlage und zum Inhalte hat, ethischer Natur, insofern es besteht, d. h. insofern der Genuß ermöglicht wird. Es ist daher irrig anzunehmen, daß das Interesse oder der Genuß früher seien als das Recht im objektiven Sinne, etwa als ob der rechtliche Schutz zu einem vorher schon vorhandenen tatsächlichen Interesse oder Genuß hinzukäme. Dieser Irrtum ist gemeine Meinung.[1]) Wer ihn teilt, der muß folgerichtig mit *Feuerbach* und *Merkel* zweierlei rechtliche Interessen anerkennen, solche, die „von Natur" bestehen, und solche, die erst durch das Recht geschaffen werden. Zu letzteren würden gehören alle Obligationen. Das obligatorische Interesse steht und fällt mit dem rechtlichen Schutze. Der tatsächliche Wert einer Forderung drückt sich aus in dem Grade der Sicherheit ihrer Erfüllung. Der Genuß einer Sache dagegen, den das Recht schützt, scheint uns auch ohne das Recht bestehen zu können. Dieser Schein rührt daher, daß ein gleicher Genuß, wie er durch das Recht geschaffen wird, auch ohne das Recht denkbar ist (er ist ja eine tatsächliche Größe!), und daß wir, wenn wir vom Rechte abstrahieren, vergessen, auch die Verhältnisse wegzudenken, unter denen wir den Genuß ausschließlich dem Rechte verdanken. Ein Apfelbaum vor unserem Hause z. B. gewährt uns mannigfachen Genuß. Von dem Zeitpunkte an, in dem jedermann die Früchte pflücken, den Baum beschädigen, fällen, fortnehmen darf, müssen wir uns schon mit dem Baume ins Paradies (in eine Welt ohne Mitmenschen) versetzt denken, um an ihm noch ein Interesse zu haben. Der Genuß und das Interesse, die für das Recht in Betracht kommen, sind also, obgleich durch das Recht geschützt, erst mit diesem und durch dasselbe entstanden und zwar als Ausfluß der vermöge Vorhandenseins der Gesetze allgemein empfundenen Rechts-

[1]) Er wird z. B. vertreten von Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 39 und v. Liszt, Lehrb. 10. Aufl. S. 53 § 13.

sicherheit, welche in dem Bewußtsein besteht, daß Handlungen, die dem Genusse zuwiderlaufen, in der Regel nicht betätigt werden.

Das Wesen des Rechts besteht daher in der Vorstellung der Sicherheit, die den tatsächlichen Genuß ermöglicht. Treffend definiert daher *Jhering*[1]) das Recht von seinem Ausgangspunkte aus als die rechtliche Sicherheit des Genusses, während man mit „Integrität der Interessen" mehr den Zustand bezeichnet, indem das Recht in die äußere Erscheinung tritt, an dem man also das Vorhandensein der rechtlichen Genußsicherheit erkennt.

β) Rechtswidrig ist hiernach Interesse verletzend, den Genuß verringernd, das zugrunde liegende Gut beeinträchtigend. Wird das Interesse vermindert, das den Quotienten des Verhältnisses bildet, als das wir ein konkretes Recht bezeichnet haben, dann wird auch dieses Recht ungünstig verändert. Man ist daher nicht allein befugt zu sagen, durch ein rechtswidriges Ereignis werde ein Rechtsgut oder ein Interesse, sondern auch ein subjektives Recht verletzt. Indem wir das subjektive Recht als ein (Rechts-) Verhältnis zwischen Person und Gesellschaft auffassen, erkennen wir an, daß es zwei Seiten hat, von denen aus es mit gleicher Berechtigung betrachtet werden kann. Wer auf Seiten der Person steht, sieht es als deren Befugnis, ihr Interesse wahrzunehmen, (subjektives Recht im engeren Sinne, der dem gewöhnlichen Sprachgebrauche am nächsten steht); auf Seiten der Gesellschaftsglieder zeigt es Pflichten, das Interesse nicht zu verletzen. Insofern von beiden Seiten aus betrachtet das Interesse den wesentlichen Inhalt des Rechtes bildet, wird *Jherings* Definition beiden Seiten gerecht: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen". Das rechtlich geschützte Gesamtinteresse einer Person ist für die Gesellschaftsglieder Inhalt ihrer Pflichten gegen die Person, für die Person die Summe ihrer Befugnisse, die das Zivilrecht als Summe potentieller Ansprüche *(Regelsberger)* darstellt. Gewöhnlich wird infolge überwiegenden Einflusses der Lehren des Zivilrechtes an den potentiellen Anspruch einer Person gedacht, wenn von einem Recht im subjektiven Sinn gesprochen wird. Dieser Anspruch kann allerdings nicht verletzt werden; denn gerade durch ein rechtswidriges Ereignis wird er perfekt (actio nata). Wenn

[1]) Geist des Röm. Rechts III 1 S. 328.

man daher sagt, eine rechtswidrige Handlung verletze ein Recht, so meint man damit das Rechtsverhältnis, das den Gesellschaftsgliedern als ein noli me tangere erscheint, nicht aber jene aktive Seite des Rechtsverhältnisses, die sich sein Subjekt im Gedanken an die Möglichkeit einer Opposition als ein Wollendürfen (*Puchta, Windscheid*) malt. Vergeblich hat man sich daher geschmeichelt, den Reformator *Feuerbach* eines Irrtums überführt zu haben,[1]) als er sagte, das Delikt verletze ein Recht. Er meinte ebensowenig, das Leben sei ein Anspruch, wie der Tisch oder das Haus, das in meinem Eigentum steht. Alle diese Dinge begründen vermöge der aus der Rechtsordnung fließenden Eigenschaft, uns zu gehören, für uns rechtliche Interessen. Wir haben daher allen Mitmenschen gegenüber ein Recht auf unser Leben, das durch den Mörder nicht minder verletzt wird, als durch den, der einen Mordanschlag gegen uns nicht zur Anzeige bringt. In diesem selteneren Sinne gebraucht offenbar auch § 823 Abs. 1 BGB. den Ausdruck „Recht".

γ) Es kann jetzt über die Begriffe Rechtsgut, rechtliches Interesse und subjektives Recht und ihr Verhältnis zu einander wohl kein Zweifel mehr bestehen. Alle drei Begriffe beziehen sich auf dieselbe durch das Recht geschaffene Größe, die einerseits als Genuß, andrerseits als Sicherheit erscheint. Sie sind nicht von einander unabhängig, sodaß jeder für sich Gegenstand der Verletzung sein könnte; denn jeder der Begriffe findet seine Begrenzung in dem Inhalte des anderen. Sie tragen nur verschiedene Gesichter. Sie verhalten sich zu einander wie Objekt, Subjekt und Prädikat ein und desselben Satzes.

Tritt eine Rechtswidrigkeit ein, so werden die drei Begriffe durch den gleichen Faktor, also in gleichem Maße berührt, es muß daher im Ergebnis einerlei sein, von welcher dieser Seiten

[1]) So zuerst Birnbaum, a. a. O. S. 168. Setzt man bei Feuerbach statt „Recht" das Wort „Interesse", so wird sich gegen die Richtigkeit seiner diesbezügl. Ausführungen wenig einwenden lassen. Und seit Birnbaum hat noch gar mancher über Feuerbach abgeurteilt, ohne in seinen Geist einzudringen. Sie legten ihre Auffassung des subjektiven Rechts zu Grunde und warfen dann ihm verkehrte Anwendung desselben vor. Und in gleicher Weise wurde auch sonst noch unzählige Male im Streite der Meinungen über die Grundbegriffe des Rechts verfahren!

aus ein rechtswidriges Ereignis betrachtet wird. Es fragt sich daher nur, von welcher Seite gesehen wir die Rechtswidrigkeit am besten erkennen. Und da ist zunächst zu erwägen, daß mit dem Begriffe des subjektiven Rechts höchst verschiedene Vorstellungen verbunden zu werden pflegen, sehr selten aber dabei an das Rechtsverhältnis in dem oben bestimmten Sinne[1]) gedacht wird. Es empfiehlt sich daher, schon um Mißverständnisse zu vermeiden, die strafbaren Handlungen nicht nach ihrem Gehalt an Rechtsverletzungen zu differenzieren. Der Begriff des subjektiven Rechts ist aber auch deshalb am wenigsten von den drei Begriffen geeignet, einer Unterscheidung über die verletzende Wirkung der strafbaren Handlung zugrunde zu liegen, weil er ein zusammengesetzter, eine Verhältniszahl, eine Prädikats-Vorstellung ist.

Den Begriff des Rechtsgutes anlangend haben wir gesehen, daß er dem Interesse gegenüber sekundär erscheint. Ein Ding ist nur vermöge unseres Interesses ein Gut, und die Veränderung oder Vernichtung auch derjenigen Dinge, die gewöhnlich Güter sind, ist dann nicht verletzend, wenn das Interesse an der Nichtverletzung oder Nichtvernichtung weggefallen ist.

So kommen wir denn dazu, an der Verletzung des Interesses die rechtswidrige Wirkung der Handlung zu prüfen. Der Rechtsschutz wird allerdings nicht den Interessen gewährt, die ja im Grunde nur Vorstellungen sind, sondern den Dingen und zwar als Gütern, d. i. Objekten von Interessen. Wie aber der Preis eines Dinges in der Wertbeziehung es zu vertreten geeignet ist, so sind die Interessen an einem Dinge geeignet, es in den verschiedenen Beziehungen als Gut zu vertreten. Wir begehen daher in der Sache keinen Fehler, wenn wir die Interessen, um derentwillen ja die Güter geschützt sind, geradezu selbst als Objekte des Rechtsschutzes bezeichnen und, um die Wirkung der rechtswidrigen und insbesondere der strafbaren Handlung zu ergründen, prüfen, welchen Einfluß die Handlung auf die Interessen ausübt.

d) α) Die Interesseverletzungen werden verschieden sein, nach den verletzten Interessen. Es erhebt sich daher in erster Reihe die Frage, welche Arten verletzbarer Interessen es gibt.

[1]) Sondern meistens nur an die Ansprüche, an die „höher entwickelten subj. Rechte“ wie Gf. Gleispach, Veruntreuung S. 66, gelungen sagt.

Wie schon bemerkt,[1]) zeigt das Interesse, entspringend aus einem Verhältnisse zwischen Person und Gesellschaft, zweierlei Gestalt, je nachdem es vom Standpunkte des Subjekts oder der Gesellschaftsglieder betrachtet wird. Für das Subjekt erscheint es in hypothetischen Berechtigungen, für die Gesellschaftsglieder ist es kategorisches Pflichtgebot. In der sicheren Nichtzuwiderhandlung gegen dieses Pflichtgebot besteht auch auf seiten des Subjektes primär sein Interesse. Für das einzelne Gesellschaftsglied erscheint das Pflichtgebot als eine Summe hypothetischer Pflichten, insofern es jeder etwa beabsichtigten Handlung gegenüber sich in ein spezielles Gebot umsetzt: Für den Fall, daß du das und das tun wolltest, hast du die Pflicht, es zu unterlassen.

Hieraus erhellt, daß die Betrachtung und Ordnung der Interessen als Gegenstände möglicher Verletzung nicht nach den Berechtigungen erfolgen kann, die eine Person im Falle einer vorausgegangenen Verletzung hat, sondern nur nach den Pflichten, die jedem Gliede der Gesellschaft gegen die Person unmittelbar obliegen. Die Berechtigungen als „Anteile an Lebensgütern“ (*Dernburg*) erscheinen regelmäßig als komplizierte Interessen, die Pflichtgebote richten sich gegen die Verletzung einzelner Interessen. Die Berechtigung statuiert Interessenkomplexe[2]) als Vollwerte (z. B. als Vermögensbestandteile), das Pflichtgebot schützt Einzelinteressen als Wertsfaktoren. Es ist daher möglich, daß mehrere verschiedene Interessen in ein und demselben subjektiven Rechte verletzt werden, und andrerseits, daß ein bestimmtes Einzelinteresse in den verschiedenen subjektiven Rechten verletzbar ist. So ist z. B. das Einzelinteresse an der physischen Integrität (das übrigens selbst wieder in einzelne Unterarten zerlegt werden kann) Bestandteil aller Rechte an körperlichen Sachen wie auch des Interessenkomplexes, den wir am eigenen Leibe haben: Das Interesse an der Sicherheit (im engeren Sinne) wird durch das Unverwahrtlassen einer Grube verletzt.

Können hiernach die subjektiven Rechte, die Anteile an Lebensgütern, die verletzbaren Interessen nicht differenzieren, so gilt dies noch in höherem Maße für die Güter selbst. Bei diesen kommt noch hinzu, daß der Begriff des Gutes, — selbst wenn

[1]) Oben S. 28, 30.

[2]) So Keßler, Die Einwilligung S. 53.

nur körperliche Dinge als Güter angesehen werden wollten,[1]) — ein unsicherer ist; denn jede Eigenschaft eines Gutes läßt sich, weil Grundlage eines Interesses, wieder als Gut denken, so die Echtheit der telegraphischen Depesche, die eheliche Treue, der Hausfrieden (*Binding*), und umgekehrt können mehrere Güter zu einem Gesamtgute, sei es einer Einzelperson (z. B. Vermögen), sei es einer Personengesamtheit (z. B. das Gut der öffentlichen Sicherheit im engeren Sinne), zusammengefaßt und auch an diesen Gesamtgütern jeweils komplizierte Einzelinteressen angenommen werden. Diese Zusammenfassung kann soweit gehen, bis in dem Gute der öffentlichen Ordnung überhaupt alle Interessen, und dem der „Guten Ordnung des Gemeinwesens" alle jene Interessen begriffen werden, die sich ein Staat „gewissermaßen als Hausrat nach Bedürfnis und Bequemlichkeit zulegt".[2])

Es greifen hier dieselben Erwägungen Platz, aus denen wir oben nicht an der Verletzung des Gutes oder Rechtes, sondern nur an der des Interesses die Wirkung der strafbaren Handlung erkennen zu können glaubten.

Nachdem weder die subjektiven Rechte noch die Güter sich als tauglich zur Differenzierung der einzelnen Interessen erwiesen haben, bleibt nur übrig, die Interessen nach ihrer eigenen Beschaffenheit zu unterscheiden. Wird ein Angriff gegen ein oder mehrere Objekte unternommen, so entspricht diesem Angriffe genau das in dem Wunsche nach Unterlassung des Angriffes sich ausdrückende Interesse. Z. B. verletzt die Urkundenfälschung das Interesse daran, daß auf die Echtheit der im Lande vorkommenden Urkunden vertraut werden kann. Eine Unterart dieses Interesses ist das vorerwähnte Interesse an der Echtheit der telegraphischen Depesche. Es sind also gerade die Angriffsarten, Delikts- oder Verbrechensfiguren (*Hertz*), die uns Arten der Interessen unterscheiden lassen. Dasselbe gilt auch für die einzelnen Normen oder Pflichtgebote (hypothetische Imperative), die jeweils ein Interesse zum Inhalte haben.[3])

[1]) Daß auch die körperlichen Güter sich in Teile zerlegen lassen, die ihrerseits wieder Güter sind, vgl. Oppenheim, Obj. S. 66.

[2]) Vgl. oben S. 7/8 (Heinze) und S. 6 (Otto Mayer).

[3]) Wenn wir aber Pflichtgebote, Normen, Interessen nach Angriffsarten, Deliktsfiguren, unterscheiden wollen, so dürfen wir nicht einfach Normen prägen

3) Während sich so aus dem Verhältnisse eines Subjektes (als typischen Interesseträgers) zur Summe aller denkbaren Angriffsarten ein System von Interessen ergibt, fragt sich andererseits, wie sich die einzelne Angriffs- und Interessenart zur Summe aller im Wirkungsbereich der Handlung liegenden Subjekte (zur Gesellschaft) verhält.

1. Da Interesse seinem Wesen nach Wertanschauung eines Subjektes ist, kann es nie subjektlose Interessen (Rechte) geben. Damit soll nicht gesagt sein, daß das rechtliche Interesse eines Subjektes von dessen Wissen oder Willen abhängig gemacht wird. Denn das Recht regelt die Beziehungen unter den Menschen unabhängig von dem Willen des Einzelnen, so daß die rechtlich gleichstehenden Subjekte alle in gleicher Weise ihnen zugedachte, nach einem objektiven Maßstabe geschätzte Interessen haben. Dieser Maßstab entsteht dadurch, daß ein bestimmtes Interesse bei allen Gliedern der Gesellschaft durchschnittlich das gleiche ist.

Da es hiernach im wesentlichen nur auf den Durchschnittswert der Interessen ankommt, so wird die Summe aller Interessen einer Art zu einer wichtigen Größe: Die Summe zeigt die Stärke an, mit der auch jedes einzelne Interesse dieser Art einer Verletzung widerstrebt. So entsteht der Begriff des öffentlichen Interesses. Oeffentliches Interesse ist nichts weiter als eine Mehrzahl von Einzelinteressen. Diese sind zwar nicht individuell, wohl aber ihrer Summe nach bekannt. Die Summe bestimmt sich durch örtliche Beziehungen. Ein öffentliches Interesse ist daher zu definieren als die Summe aller in einem gewissen öffentlichen Kreise vorhandenen gleichartigen Einzelpersonen-Interessen. So besteht das öffentliche Interesse am Genuß der Habe in der Richtung, daß in einem Staate nicht ungestraft gestohlen werde, aus dergleichen Interessen aller Habenden im Lande. Das öffentliche Interesse an der Gebrauchssicherheit und Annehmlichkeit einer städtischen Straße ist zusammengesetzt aus

---

aus den Tatbeständen (Typen), die als Voraussetzungen des Eintritts einer Strafe, um das richterliche Ermessen einzuengen, geschaffen sind, und zwar sozusagen nach der technischen Willkür des Gesetzgebers, vgl. oben S. 20. Als ob die Norm in der Forderung der Nichterfüllung des Strafgesetzes bestünde! Bindings Fehler, vgl. oben S. 23 Anm. 2 und unten S. 48 Anm. 1.

dergleichen Interessen aller Personen, die zu der Straße in Beziehung stehen (Stadtbürger, Einwohner, Besucher u. s. w.).

An Arten öffentlicher Einzelinteressen werden wir ebensoviele unterscheiden können, als es Arten einzelner Interessen oder Deliktsfiguren gibt.

II. Da die Träger eines öffentlichen Interesses individuell unbekannt sind, treten sie in unserer Vorstellung zurück vor der Summe der Interessenträger, und das öffentliche Interesse erscheint entweder in selbständiger Personifikation oder als Interesse der gedachten Persönlichkeit, die die Gesamtinteressen der politischen Gemeinschaft zu vertreten hat, insbesondere des Staates.

Das Zurücktreten der individuellen Träger geschieht aber nicht bei allen öffentlichen Interessen in gleicher Weise.

A) Die meisten öffentlichen Interessen erscheinen, wenn auch in gewisser Abstraktion, so doch immer noch als Summe von Einzelpersonen-Interessen derart, daß die solchergestalt vorgestellten öffentlichen Interessen nur in bestimmten einzelnen Trägern verletzt werden zu können scheinen, d. h. nur durch Handlungen, die sich gegen bestimmte einzelne Träger richten. Beispielsweise kann das öffentliche Interesse daran, daß nicht gestohlen werde, nur verletzt werden, indem „einem Anderen" eine Sache gestohlen oder zu stehlen versucht wird. Das öffentliche Interesse daran, daß die in den öffentlichen Dienern verkörperte Staatsgewalt nicht geschmäht werde (§ 51[1] bad. Pol. StGB., vom Oberlandesgericht für ungiltig erklärt), kann nur verletzt werden, indem ein bestimmter Diener beleidigt wird.

B) Eine große Anzahl öffentlicher Interessen erscheinen jedoch derart losgelöst von ihren Trägern, daß sie die Träger gar nichts mehr anzugehen und daß diese Interessen der Subjekte zu entbehren scheinen. Im Falle der Verletzung eines solchen Interesses scheint kein einzelner Träger betroffen, und der Verletzende selbst wird sich nicht bewußt, daß seine Handlung gegen Mitmenschen sich richtet. Insofern kann man also auch von mittelbaren Interessen der Träger sprechen. Zu dieser Gruppe gehört das vorerwähnte öffentliche Interesse an der Sicherheit einer städtischen Straße. So betrachtet scheint dieses Interesse ein Interesse der Stadtgemeinde selbst zu sein. Die städtische Polizeibehörde verwaltet dieses Interesse, sie erteilt insbesondere unter gewissen Bedingungen

Nachsicht von der Betätigung eines für gewöhnlich vorgeschriebenen Verhaltens auf der Straße. Am wenigsten mehr scheinen die Träger beteiligt zu sein bei den öffentlichen Interessen an der Sittlichkeit und dergleichen. Diese scheinen unmittelbar Interessen des Staates zu sein.

III. Als Interessen des Staates (oder der sonstigen öffentlichen Korporation) betrachtet, in dessen Bereiche sie bestehen, unterscheiden sich die öffentlichen Interessen, von jenen Interessen, die dem Staate wie einer Privatperson zugeschrieben werden, — nennen wir diese kurz, in Anlehnung an *Feuerbach,* Privatinteressen des Staates, — durch ihren inneren Aufbau, d. h. durch die Ausgangspunkte der Vorstellungen, aus denen sie bestehen. Beiderlei Interessen des Staates sind in Wahrheit (nicht juristisch-technisch betrachtet!) Gesamt-Interessen der beteiligten Personen. Ein öffentliches Interesse hat aber eine gemeinsame Eigenschaft (Genußsicherheit in bestimmter Richtung) vieler Güter, ein Privatinteresse des Staates dagegen viele Eigenschaften (den Genuß) eines gemeinsamen Gutes zum Gegenstande. Ersteres läßt sich als Solidar- letzteres als Korrealinteresse bezeichnen. Wird z. B. eine dem Staate gehörige Sache gestohlen, so wird das Interesse der Gesamtheit an dem Genusse dieses Gegenstandes (der z. B. bisher zusammen mit anderen Vermögensteilen des Staates eine niedrigere Steuer ermöglicht hat) verletzt; erst mittelbar, wie durch jeden anderen Diebstahl, wird das öffentliche Interesse an der Genußsicherheit aller fahrenden Habe im Staate verletzt. Die zweite Gruppe der öffentlichen Interessen (mit den „vergessenen" Subjekten) steht den Privatinteressen des Staates innerlich schon näher. Auf der Grenze zwischen beiden Arten stehen die Interessen an den res publici juris. Der Unterschied verwischt sich, wenn ein Delikt unmittelbar gegen das sichere Bestehen des Staates gerichtet ist. Denn damit wird gleichzeitig das öffentliche Interesse (an der Sicherheit alle Genüsse) verletzt, weil das Bestehen des Staates mit seiner Autorität die Bewährung des Rechtes bedeutet, wie ja jede Rechtswidrigkeit insofern auch unmittelbar gegen den Staat sich richtet, als das unerschütterte Bestehen des Rechtes ein Teil des besseren Selbst des Staates ist.

Die Gesamtheit der öffentlichen Interessen bildet, — ebenso

wie sämtliche Interessen einer physischen Person unter dem Interesse der Person zusammengefaßt zu werden pflegen, — das öffentliche Interesse, demgegenüber ein einzelnes öffentliches Interesse nur als Seite dieses öffentlichen Gesamtinteresses erscheint. Auch mehrere öffentliche Einzelinteressen, in einheitliche Komplexe zusammengefaßt, können für sich wieder eine Seite des öffentlichen Gesamtinteresses darstellen.[1]) Das öffentliche Interesse bildet den Inhalt des Rechts im objektiven Sinne; ihm entspricht das Gut der öffentlichen Ordnung, das die Gesamtheit aller Güter und der Interessen aller Personen umfaßt. Das öffentliche Interesse kann man sich daher als eine Summe von Summen auf zweierlei Weise zusammengesetzt denken, entweder:

als Summe der allerlei Gesamtinteressen jeder Person. Das Interesse das jede Person hat, bildet den einzelnen Posten des Aggregates. Soviele Personen, soviele Summen.

oder: als Summe der je einerlei Interessen aller Personen. Ein bestimmtes öffentliches Interesse, d. h. die Summe aller gleichartigen Interessen sämtlicher Personen bildet den einzelnen Posten des Aggregates. Soviele veränderliche Eigenschaften der Rechtsgüter, soviele Angriffs- oder Interessenarten: soviele Summen.

2) Wir haben nun die Objekte, die durch eine rechtswidrige Handlung verletzt werden können, kennen gelernt in ihrer Einzelgestalt wie auch in ihren Komplikationen. Wir werden jetzt betrachten, welche Wirkung die strafbare Handlung, d. h. eine Handlung, die mit dem eingangs erwähnten Uebel belegt ist, auf die Interessen ausübt.

a) Schon oben ist ausgeführt, daß die Gesetze, deren Inbegriff das Recht ist, durch ihre Existenz die Interessen schaffen und gewährleisten. Die Gesetze, die Eigentum und Besitz statuieren, indem sie deren Verletzung durch Beschädigen oder Entziehen mit Strafe belegen, dienen durch ihr Dasein den Interessen aller Habenden. Jeder einzelne Eigentümer und Besitzer im Geltungsbereiche des Gesetzes ist geschützt. Dadurch daß Eines Eigentum, z. B. durch Brandstiftung, zerstört wird, werden

[1]) So kann man jede Materie des Strafgesetzbuches und auch das Gebiet der geringfügigen Zuwiderhandlungen (die Mayer'sche „Gute Ordnung des Gemeinwesens" vgl. oben S. 34) als eine Seite des öffentlichen Interesses auffassen.

nicht nur die Interessen dieses Einen, — diese allerdings in so gewaltigem Maße, daß die übrigen zu verschwinden scheinen, — sondern auch aller anderen Personen im Umkreise beeinträchtigt. Denn die Sicherheit (d. i. Genuß, Interesse) des Eigentums und Besitzes ist erschüttert vermöge der Tatsache, daß ein Brandstifter vorhanden ist. Deutlicher wird sich dies zeigen, wenn in verhältnismäßig kurzer Zeit mehrere Brände gestiftet werden, oder wenn eine Gegend durch Räuber „unsicher" gemacht wird. Der Genuß nicht allein der Brandbeschädigten oder Beraubten wird verringert, sondert aller derer, die in der Gegend sich befinden. Die Interessenverletzung der nicht unmittelbar Betroffenen wird sogar teilweise, z. B. durch Sinken des Wertes der Wohnungen, in Ziffern sich ausdrücken lassen. Wenn ein Raubmörder aus dem Hinterhalte einen Reisenden ermordet, wird nicht nur das Lebensinteresse dieses verletzt, sondern auch das Publikums des Ortes, des Kreises, ja des ganzen Landes dadurch, daß jemand mörderische Gesinnung an den Tag legte. Infolge gerechtfertigter Befürchtung einer wiederholten Betätigung solcher Gesinnung wird der Genuß des Lebens und aller anderen Güter kein so ruhiger, angenehmer: sicherer mehr sein. Mit dieser Befürchtung erscheinen die Rechtsgüter in ihrer Genußsicherheit beeinträchtigt, ihr früherer Wert ist verringert, das Interesse an ihnen verletzt.

Hieraus erhellt, daß durch eine strafbare Handlung nie lediglich die speziellen Interessen einer Person (diese allerdings manchmal in besonderer Weise), sondern stets das öffentliche Interesse mit verletzt wird.[1])

b) Fassen wir andererseits die Wirkung einer für strafbar erklärten Handlung auf spezielle Einzelinteressen ins Auge, so ersehen wir eine Reihe von strafbaren Handlungen, die einer verletzenden Wirkung auf bestimmte Sonderinteressen ermangeln, woraus wir schließen müssen, daß zum Wesen der strafbaren Handlung die Verletzung eines speziellen Privatinteresses nicht erforderlich ist. Wenn nämlich in unserem Beispiele der Reisende vom Mordgesellen unbehelligt gelassen wurde, — es mag beim Versuche geblieben sein, weil der Täter im letzten Augenblicke vor der Tat zufällig entdeckt wurde, — so wird nichtsdestowe-

[1]) Das ist eine alte Weisheit, vgl. Merkel, Encyclopädie §§ 271, 273.

niger die Sicherheit des Publikums beeinträchtigt und zwar in fast[1]) gleichem Maße, wie wenn der Mord vollendet worden wäre. Denn obgleich gehindert, hat ein Mensch mörderische Gesinnung geoffenbart, und mit dem Zeigen dieser Gesinnung ist die Befürchtung einer wiederholten Betätigung gegeben, bei der es wahrscheinlich kaum wieder beim Versuche bleiben würde. Die Verletzung des öffentlichen Interesses ist also eingetreten, obgleich eine besondere Verletzung nicht stattgefunden hat.

Das Interesse des Reisenden ist allerdings auch verletzt, insofern es in dem verletzten öffentlichen Interesse enthalten ist. Dies ist der Fall, solange der Reisende zu dem beteiligten Publikum gehört, also jedenfalls im Augenblicke der Tat. Denn da hat auch er ein (Sicherheits-)Interesse daran, daß keine mörderische Gesinnung betätigt wird. Aber — und das muß ausdrücklich scharf hervorgehoben werden — dies Interesse teilt er mit Jedem aus dem Publikum des Ortes und Landes; ein besonderes Interesse daran, daß der Mord nicht gerade gegen ihn betätigt werde, hat er nicht.[2]) Es hat zwar einen überwältigenden Anschein, als ob es hervorragend in seinem Interesse liege, daß der Mordanschlag gegen ihn unterbleibe. Doch ist dies Täuschung. Er kennt ein solches Interesse nicht, und niemand schreibt ihm ein solches zu, weil niemand von der Tat (auch nicht von der vorgestellten) etwas weiß. Seine Sicherheit, — in welchem Zustande er sich kraft seiner bezw. der objektiv anerkannten Vorstellung befindet, und aus der er, wie *Binding* richtig hervorhebt, durch die strafbare Handlung gebracht wird,[3]) — somit sein rechtlich geschütztes Interesse, besteht nicht darin, daß in unzähligen (nämlich allen denkbaren) Einzelfällen nichts gegen ihn begangen, sondern darin, daß überhaupt nichts Verbrecherisches begangen wird. Genau das gleiche Interesse hat aber auch jedes gleich stehende Glied des Publikums. Rechtlich

[1]) Ueber das Minus der Beeinträchtigung siehe unten S. 51/52.

[2]) Vgl. auch Oetker, ZStW. 17, S. 509.

[3]) Binding hat also nicht darin geirrt, daß er das (in concreto) gefährdete Objekt, sondern darin, daß er nur dieses, oder dieses in besonderer Weise, und nicht auch alle anderen (in abstracto) Beteiligten in gleicher Weise durch die konkret gefährdende Handlung aus dem Zustande der Sicherheit heraus gebracht werden läßt.

geschützt sind daher nicht die Einzelinteressen als solche, sondern als Teile des öffentlichen Interesses.

c) Objekt der Verletzung durch die strafbare Handlung, Schutzobjekt des Strafrechts, ist demgemäß nur das öffentliche Interesse, aber auch stets dieses.[1])

Die strafbare Handlung ist daher allerdings nur Verletzung des Gesetzes, der Norm des objektiven Rechts, aber in diesem formellen Zuwiderhandeln liegt zugleich die materielle Verletzung des Schutzobjektes, des öffentlichen Interesses.

3) Nunmehr erkennen wir nicht nur die Richtigkeit des Satzes: „Keine Strafe ohne Verletzung," sondern zugleich auch die materielle Berechtigung des Gesetzgebers, auf die Begehung gefährlich erscheinender Handlungen Strafe folgen zu lassen.

a) Nicht eine konkrete Verletzung, etwa des speziell angegriffenen Gutes, ist es, die eine Handlung strafwürdig macht, sondern die Verletzung des öffentlichen Interesses als des allein geschützten Objektes, welche Verletzung lediglich vermöge der Gefährlichkeit der begangenen Handlung eintritt. War eine Handlung nicht gefährlich, so mag sie einem Menschen das Leben gekostet haben, sie beeinträchtigt das öffentliche Interesse nicht. War aber eine Handlung für irgend ein Gut gefährlich, dann lag es im Interesse aller Güter solcher Art, daß sie unterblieb.[2]) Dieses Interesse an dem Unterbleiben der Handlung, identisch mit dem Interesse, die Sicherheit der Güter ungemindert zu sehen, wurde dadurch verletzt, daß der Täter die gefährliche Handlung trotzdem zu begehen sich entschloß, gleichviel wie darnach die Handlung in Wirklichkeit verlief. Die Gefährdung, die mit Begehung der Handlung hervorgerufen wird, ist also wirkliche Verletzung. Aber hier zeigt die Gefährdung nicht, wie sie es nach der oben verworfenen irrigen Anwendung des Gefahrbegriffes tun sollte, die (in der Vergangenheit dagewesene) Wirkung der konkreten Handlung an, sondern die mit Betäti-

[1]) Zu demselben Ergebnisse gelangt Hegler, Prinzipien des Internat. Strafrechts, 1906 S. 52, wenn er alle im Strafrecht in Betracht kommenden Interessen in letzter Linie als Interessen der staatlichen Gesamtheit auffaßt. Uebereinstimmend auch Frank, Komm. 5.—7. Aufl. S. 14, 16.

[2]) Nicht aber lag das Unterbleiben der Handlung im besonderen Interesse des angegriffenen Gutes! s. o. S. 40.

gung des Willensentschlusses perfekt werdende gegenwärtige und in die Zukunft reichende Wirkung eines generellen Verhaltens, für das die Handlung nur den Daseinsbeweis bildet. Die Handlung selbst hat niemals gefährdet, vor ihrer Betätigung nicht, weil sie noch nicht existierte (auch nicht in der Vorstellung)[1]), nach ihrer Betätigung nicht, weil sie ihr Ziel entweder verletzt oder nicht verletzt hat; ihre Betätigung gefährdet aber, weil sie das Vorhandensein eines Verhaltens beweist, das die Sicherheit aller Objekte derjenigen Art, deren einem das Bild der Handlung gefährlich erschien, verringert.

Der Täter begeht also im Rechtssinne immer nur die gefährliche und nicht die andere mit mehr oder weniger Hilfe des Zufalls wirklich gewordene Handlung. Die Begehung der konkreten Handlung, mag sie verletzt haben oder nicht, kommt nur als Form in Betracht, die die vorgestellte Handlung annehmen muß, um begangen werden zu können. Die vorgestellte Handlung allein aber kann das geschützte Objekt verletzen, das selbst nur ein vorgestelltes ist. Wir können daher den oben aufgestellten Satz: Nur die vorgestellte Handlung kann Gegenstand rechtlicher Regelung sein, dahin ergänzen: Nur die vorgestellte braucht es zu sein, da nur ihre Betätigung das öffentliche Interesse zu verletzen vermag.[2]) Ein merkwürdiges Ergebnis: der Mörder hat einen Menschen getötet. In den Augen des Rechts hat er nicht die wirkliche Tötung vollbracht, sondern nur jene andere, vorgestellte Handlung begangen, die nur gefährdet, den Menschen aus seiner Sicherheit gebracht hat! Und wir können in der Tat sagen: eine Rechtsnorm „Du sollst nicht töten" gibt es nicht.

b) Die materielle Berechtigung des Gesetzgebers, auf die Begehung der gefährlichen Handlung Strafe folgen zu lassen, ist jetzt klar. Denn nur die gefährliche wird ja begangen, und nur sie kann das Schutzobjekt verletzen. Aber auch nur die Verletztheit dieses Objektes verlangt die Strafe als logische Folge. Der tote Mensch kann durch die schwerste Strafe nicht wieder ins Leben zurückgerufen werden. Die Verletzung der öffentlichen

[1]) Vgl. oben S. 40 und S. 18 bei Anm. 2.

[2]) Damit ist gesagt, daß nur vorsätzliche Willensbetätigungen Gegenstand strafrechtlicher Mißbilligung sein können (vgl. unten S. 57).

(Genuß-) Sicherheit aber, — die als Befürchtung einer wiederholten Betätigung der gefährlichen Handlung erscheint, — kann und muß deshalb (falls nicht etwa in bestimmten Fällen überwiegende Gegengründe vorhanden sind) durch Strafe behoben werden. Der Grund der Strafe ist also kein anderer als der Grund oder das Motiv des Verbotes, und *Feuerbach* ist glänzend gerechtfertigt.[1]) Die Strafe ist ein malum passionis für den Täter, das diesem und Allen gleichen Charakters künftig als Abhaltung, um nicht zu sagen: Abschreckung, und zugleich denen, die die böse Neigung in sich bekämpfen, den guten Bürgern, als moralische Stärkung für die Zukunft zu dienen hat. Damit erscheint die Strafe in thesi (was allein in Betracht kommt) als wirksames Hinderungsmittel weiterer böser Betätigung und geeignet, die Furcht vor künftiger Verletzung zu beseitigen, also das erschütterte Sicherheitsgefühl wieder herzustellen. Würden die egoistischen Betätigungen rechtswidrigen Verhaltens ohne Strafe bleiben, so würden sie immer häufiger werden, bis schießlich alle Interessen und Werte auf ein Nichts herabgesunken, die rechtliche Sicherheit, der Genuß, — das Recht selbst — aufgehoben wäre. Strafe muß sein, um die Autorität, das eigenste Wesen der Rechtsordnung, die durch eine Betätigung wider die Regel eine Einbuße erlitten hat, wiederherzustellen, um die Kraft des kategorischen Imperativs zu bewähren. Es ist daher durchaus richtig zu sagen, daß eine strafbare Handlung das objektive Recht verletze. Das Recht als Kategorie kann natürlich nicht verletzt werden.

c) Damit dient die Strafe sowohl der Vergeltungsidee als dem Zweckgedanken, um welche beiden gegensätzlichen Begriffe sich sämtliche Strafrechtstheorien gruppieren (*van Calker*). Die Vergeltungs- oder absoluten Theorien verlangen von der Strafe eine Funktion gegenüber dem durch die Handlung geschaffenen Zustand, eine Reparierung des eingetretenen Schadens. Es müsse gestraft werden, weil und damit das Recht sich bewährt. Die Zweck- oder relativen Theorien verzichten auf eine Funktion der Strafe gegenüber dem rechtswidrigen Zustande, sie wollen den Erfolg der Handlung nur insoweit berücksichtigen, als er die Gesinnung des Täters kennzeichnet. Für sie ist die Strafe nur

[1]) Vgl. oben S. 24 Anm. 1.

zweckmäßige Vorkehrung, daß nicht künftig wieder delinquiert werde.

Der Zustand, in dem das Recht sich bewährt, und in dem nicht delinquiert wird, sind identisch. Die Strafe als ein Mittel zur Herbeiführung dieses Zustandes muß daher bei richtiger Auffassung der beiden identischen Zwecke beiden durchaus gerecht werden. Und wenn *Berolzheimer*[1]) gegen *Merkels* und *v. Liszts* Ausführungen, daß es eins sei, ob der Kranke geheilt werde, damit er gesund wird, oder weil er krank ist, einwendet, die Frage sei nicht richtig gestellt, sie müsse lauten:

„Wird der Kranke geheilt, weil er krank ist und gesunden soll, oder damit er nicht künftig wieder krank wird?"

und als Antwort ausführt: „Heilen, damit er gesund wird, und Hygiene, damit er nicht wieder krank wird", — so hätte *v. Liszt* einfach einzuwenden brauchen, daß *Berolzheimer* ohne hinreichenden Grund Heilung und Hygiene in Gegensatz bringt. Wie, wenn die Heilung einer Krankheit (statt z. B. durch Anwendung gewisser Gegengifte) lediglich durch hygienische, d. h. ebendieselben Maßnahmen zu bewirken wäre, die auch nach eingetretener Genesung in ständiger Anwendung sein müssen, um nicht den Körper alsbald wieder krank erscheinen zu lassen? — Dann bedeutete Abwesenheit der Hygiene Krankheit, Anwendung derselben sowohl Heilung als Vorbeugung weiterer Erkrankung. Und es ist dasselbe, ob Abwesenheit der Krankheit verlangt wird, damit dauernd Gesundheit bestehe, oder künftig keine Erkrankung mehr eintrete.

Die Krankheit, die durch die Strafe beseitigt werden soll, ist der durch die Handlung geschaffene rechtswidrige Zustand, die Verletztheit des geschützten Objektes, des öffentlichen Interesses, die Minderung der Genußsicherheit, i. e. Gefährdung der Güter, bestehend in der Furcht des Publikums vor einer Wiederholung des gleichen oder eines ähnlichen Verbrechens. Als Heilmittel kann daher nur diejenige Strafe in Betracht kommen, die nach allgemeiner Annahme den Verbrecher und seines Gleichen bestimmt, die Betätigung des verbrecherischen Sinnes zu unterlassen. Denn durch eine solche Strafe wird die Furcht des Publikums beseitigt, die Vorstellung der Sicherheit also wieder

[1]) Die Entgeltung S. 138.

aufgerichtet. In ebenderselben Unschädlichmachung des verbrecherischen Sinnes besteht aber auch die Hygiene, die eine Wiederholung des Verbrechens verhüten will. Sie wird den Umfang ihrer Vorkehrungen nach der Schädlichkeit des verbrecherischen Sinnes, d. i. nach der Gefährlichkeit des gezeigten generellen Verhaltens bemessen. (Vgl. das unten in Anm. 2 Gesagte). Die Gefährlichkeit des betätigten Verhaltens ist aber auch der Maßstab für die eben in Gestalt der Gefährdung eingetretene Verletzung, die durch das Heilmittel der Strafe behoben werden soll. Nur wenn Letzteres verkannt, wenn statt Beseitigung der intellektuellen Schädigung des Publikums eine Aequivalierung etwa eingetretener konkreter Verletzungen (die als solche mit der Strafe gar nichts zu tun haben)[1]) verlangt wird, stimmt die Vergeltungsstrafe nicht mehr mit der Zweckstrafe überein und haben die Verteidiger der letzteren Recht, wenn sie die Vergeltungsstrafe als ein unverständliches, sinn- und zweckloses Institut behandeln.[2])

---

[1]) Damit soll nicht gesagt sein, daß die konkrete Verletzung nicht von großer Bedeutung für die Strafbarkeit ist, s. u. S. 49 f, insbes. S. 52.

[2]) Um einer irrtümlichen Auslegung des Gesagten vorzubeugen, mag noch hervorgehoben werden, daß es eine Frage für sich ist, die mit dem Gegensatze zwischen absoluten und relativen Straftheorien nichts zu tun hat, ob die Unschädlichmachung des verbrecherischen Sinnes, die nach beiden Theorien den Inhalt der Strafe ausmacht, vorwiegend darin bestehen soll, auf den Sinn des im bestimmten Falle zu bestrafenden Verbrechers zu wirken, oder, durch das Mittel der Abschreckung und Genugtuungsgewährung, auf den Sinn aller übrigen in der Gesellschaft vorhandenen Personen, die in ähnlicher Weise sich zu betätigen geneigt wären. Faßt man in diesem Sinne den Gegensatz zwischen Spezial- und Generalprävention auf, so ist zu Gunsten der letzteren zu entscheiden. Denn die Hauptsache ist nicht, daß der Täter seine Gesinnung nicht wieder betätige, sondern daß der ganzen Sippe seines Gleichen, ihn eingeschlossen, ein wirksames Gegenmotiv gegen die Lust künftiger ähnlicher Betätigung gesetzt wird. Immerhin ist aber zu beachten, daß der Täter den Typus seines Gleichen am besten repräsentiert, und insofern auch der Idee der Generalprävention ein möglichst tiefes Eingehen auf die Eigenart des Täters entspricht. So reichen sich die theoretisch feindlichen Brüder in Praxi doch die Hand.

III. Hauptstück.

Die verschiedene Schwere der rechtswidrigen und strafbaren Handlung.

1) Nach dem Ausgeführten gehört zum Begriffe der strafbaren Handlung nichts als Rechts- oder Normwidrigkeit.[1]) Dagegen erheben sich gewichtige Bedenken:

[1]) Es darf nicht vergessen werden, daß wir die strafbare Handlung zu betrachten haben, wie sie dem Gesetzgeber erscheint, ehe er sie ad usum judicis in Tatbestände (Typen) geprägt hat, vergl. oben S. 27. Für den Richter würde allerdings die Definition der strafbaren Handlung nicht genügen, da sie das Merkmal der Typizität nicht enthält. Denn vom Standpunkte der Strafrechtsanwendung aus betrachtet besteht die strafbare Handlung samt Strafgrund in erster Reihe darin, daß sie einen der vorhandenen Tatbestände erfüllt, vergl. Beling, Verbr. S. 23. Andererseits würde für den Richter unsere Definition zu viel enthalten, insofern unser Begriff der Rechtswidrigkeit das materielle Element der Gefährdung, Interesseverletzung, umfaßt. Die Anwendung des (positiven) Strafrechtes kennt nur die formelle Rechtswidrigkeit. „Die sog. materielle Rechtswidrigkeit gehört gar nicht dem positiven Rechte an, ... sie ist nicht (positive) Rechtswidrigkeit, sondern bedeutet nur ein Programm für den Gesetzgeber", Beling, Verbr. S. 137. Für uns dagegen, die wir die strafbare Handlung ausschließlich in ihrer materiellen Erscheinung, d. i. als Gegenstand des gesetzgeberischen Programmes, legislatorisches Motiv, ins Auge fassen, kommt gerade die materielle Rechtswidrigkeit in Betracht und nur diese. Dessen bewußt, werden wir uns hüten, aus unserem Begriffe der Rechtswidrigkeit irgend welche Schlüsse de lege lata zu ziehen, entgehen dafür aber auch der vernichtenden Kritik, wie sie gegen die Schlußfolgerungen erhoben wurde, die Graf Dohna (Die Rechtswidrigkeit 1905 S. 15 ff.) aus einem de lege ferenda richtigen Grundgedanken gezogen hat, vgl. Beling, Verbr. S. 138 f und neuerdings auch Frank, Komm. 5./7. Aufl. S. 11. Der Mangel scharfer Auseinanderhaltung der beiden Standpunkte hat zu unzähligen ganz fruchtlosen Streiten geführt.

Ist rechts- oder normwidrig dasselbe wie strafbar, oder ist zwischen beiden ein Unterschied?

Wenn beide identisch sind, besteht dann ein Unterschied zwischen rechtswidrig und moralwidrig?

a) Nach dem Gesagten kann zwischen rechtswidrig und strafbar begrifflich kein Unterschied bestehen. Da es nun aber rechtswidrige Handlungen gibt, die nicht strafbar sind, so scheint die strafbare Handlung doch eine besondere Art der rechtswidrigen Willensbetätigungen zu sein, und es drängt sich die Frage auf: Was ist das Merkmal, das zu einer rechtswidrigen Handlung hinzukommt, um sie strafbar zu machen?

Nachdem wir bereits festgestellt haben, daß die Rechtswidrigkeit die Strafe als logische Folge verlangt, liegt uns näher zu untersuchen, aus welchen Gegengründen (vgl. oben S. 43) auf eine rechtswidrige Handlung die Strafe ausbleibt. — Bei der Bestrafung wird die Wiederherstellung des verletzten öffentlichen Interesses dadurch bewirkt, daß dem Täter ein Uebel zugefügt wird. Die Zufügung des Uebels hat nun nicht allein die bezweckte, sondern daneben auch die unerwünschte Wirkung einer wirtschaftlichen und moralischen Beeinträchtigung des Täters, die auch dem öffentlichen Interesse nachteilig ist. Letzterer Gesichtspunkt spricht gegen die Strafe; er wird überall da ausschlaggebend sein, wo die nachteiligen Folgen der Bestrafung gewichtiger erscheinen als der Schade, der durch die Strafe beseitigt werden soll. Aus diesen Erwägungen gelangt der Gesetzgeber dazu, die Strafe als Mittel zur Beseitigung der rechtswidrigen Wirkung einer Handlung nicht in allen Fällen, sondern nur da anzuwenden, wo die Beseitigung durch Strafe selbst unter Mithinnahme der obenerwähnten Nachteile erforderlich erscheint. Das Merkmal, welches die strafbare Handlung vor den übrigen rechtswidrigen Handlungen auszeichnet, ist daher ein gewisses erhebliches Maß der Rechtswidrigkeit. Es genügt nun nicht zu sagen, ob dieses Maß erreicht ist, darüber befindet in jedem einzelnen Falle die positive Gesetzesbestimmung, denn für uns, die wir die strafwürdige Handlung betrachten, steht gerade zur Untersuchung, welche generelle Gesichtspunkte für den Gesetzgeber bei dieser Bestimmung in Betracht kommen. Und damit ist zugleich gefragt, nicht nur was den Unterschied zwischen strafbarer und nicht

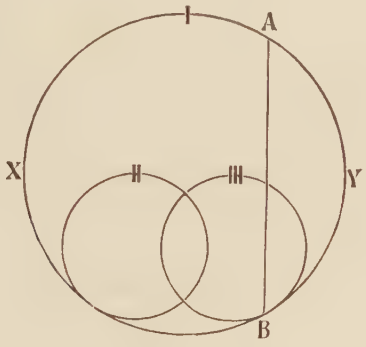
strafbarer Normwidrigkeit, sondern auch unser spezielles Problem: was den Unterschied zwischen großer und geringer Strafbarkeit ausmacht.

b) Unabhängig hiervon besteht die Frage, ob nicht erst die Strafe, wie überhaupt die Rechtsreaktion die normwidrige Handlung zu einer rechtswidrigen macht und dadurch allein eine Abgrenzung der rein moralwidrigen von den rechtswidrigen Handlungen ermöglicht. Es handelt sich hierbei wesentlich um eine Frage der Namengebung, wobei allerdings anzuerkennen ist, zunächst daß die Rechtswidrigkeit in unserem Sinne, soweit sie weder eine straf- noch eine sonstige rechtliche Folge erzeugt, (z. B. die Handlung des Jägers, vgl. oben S. 18, der dem Bauern die Pfeife aus dem Munde schießt, wenn ihm dies gelingt, ohne den Bauern zu treffen) faktisch identisch ist mit reiner Moralwidrigkeit, — was übrigens gar nichts schadet. Sodann ist zuzugeben, daß es der Auffassung des gewöhnlichen Lebens und dem sich hiernach richtenden Sprachgebrauche vielleicht mehr entspricht, als rechtswidrig nur solche Handlungen zu bezeichnen, die eine Rechtsreaktion nach sich ziehen. Faßt man rechtswidrig in diesem engeren Sinne auf, so muß man aber auch konsequenter Weise (rechts-)normwidrig in einem engeren Sinne verstehen so, daß z. B. die Handlung des Jägers nur normwidrig scheint, aber nicht nachweisbar normwidrig ist. Wollten wir rechtswidrig in dem engeren Sinne verstehen, dann hätten wir, — um nicht in den circulus vitiosus zu geraten: Strafbar ist, was rechtswidrig ist, rechtswidrig aber, was strafbar ist, — darauf verzichten müssen, die Strafe als eine Folge der Rechtswidrigkeit zu erklären. Wenn es aber mit Recht als *Bindings* größtes Verdienst gilt, die Erkenntnis zum Allgemeingut gemacht zu haben, daß die Strafgesetze nicht selbst die Verhaltensnormen geben, daß vielmehr diese Regeln des Rechtes vor den Strafgesetzen liegen und höchstens aus ihnen interpretiert werden können,[1]) dann wird es auch

[1]) Bindings größter Fehler aber ist, dieser Erkenntnis nicht konsequent treu geblieben zu sein. Es war ein mutiger Schritt, die Norm- und Rechtswidrigkeit loszulösen von den Tatbeständen des positiven Rechts. Aber statt den Weg zu vollenden, glitt er zurück und heftete die Normen zum Teil wieder an die Güterverletzung. So ist sein Normensystem ein Gemisch von Tatbeständen, Tatbestandsteilen und wirklichen Normen. Alles, weil Binding den Inhalt der Norm nicht richtig erfaßte, vgl. oben S. 23 Anm. 2.

gerechtfertigt erscheinen, daß man im Strafrechte nicht nur diejenigen Handlungen rechtswidrig nennt, die die Tatbestände erfüllen, sondern jegliches Verhalten, das den durch Interpretation gewonnenen Normen, d. h. der abstrakten Regel des Rechtes, widerspricht.

c) Nach dem bisher Gesagten können wir folgende Arten rechtswidriger Handlungen unterscheiden:



Kreis I umfaßt die rein rechts- oder moralwidrigen, Kreis II die außerdem mit anderer als strafrechtlicher, insbesondere ziviler-, Kreis III die mit strafrechtlicher Reaktion ausgestatteten, AXB die konkret gefährdenden, AYB die nicht konkret gefährdenden (schlechthin verbotenen) Handlungen. II und III sind Steigerungen von I, nicht aber AXB.[1])

2) a) α) Mit der Feststellung, daß die Strafbarkeit als solche, wie auch die größere oder geringere Schwere der Straftat, lediglich von dem Grade der Normwidrigkeit abhängt, ist gesagt, daß die gesuchte Unterscheidung lediglich in der Betätigung der Handlung als einer vorgestellten, — denn nur solche können Gegenstand der Norm sein, — d. h. also in der subjektiven Seite der Handlung, zu suchen ist. Dem scheint die Beobachtung entgegenzustehen, daß in vielen und gerade den wichtigsten Fällen die Strafe an die konkrete Verletzung sich anknüpft. Die Handlungen, bei denen als Folge eine konkrete Verletzung eintritt (Verletzungsdelikte), bilden allerdings eine besondere Gruppe der rechts-

[1]) Durch das im Folgenden unter **2**) a) α) und β) Auszuführende wird das hier Gesagte eine wesentliche Erläuterung erfahren.

widrigen (gefährlichen) Handlungen. Die Besonderheit besteht aber nicht in einem derart höheren Grade der Rechtswidrigkeit, daß diese Handlungen als solche der Strafbarkeit näher stünden, (dies erhellt ohne weiteres daraus, daß es viele konkret verletzende Handlungen gibt, die nicht strafbar sind), sondern eher in gegenteiliger Richtung darin, daß bei ihnen die rechtswidrige Wirkung der Handlung, d. i. die in der Befürchtung ihrer Wiederholung liegende Gefährdung, noch auf eine andere Art als mittels Strafe beseitigt oder verringert werden kann. Dies geschieht dadurch, daß dem Täter ein vermöge der Handlung ihm zugeflossener konkreter Vorteil (wenn auch oft nur dem Werte nach) wieder abgenommen oder darüber hinaus ihm die Beseitigung des durch seine Handlung in concreto verursachten Schadens auferlegt wird. Mit beiden Maßnahmen wird, ebenso wie bei der Strafe, auf die vorhandenen rechtswidrigen Neigungen eingewirkt, sich nicht mehr zu betätigen; durch die Wiederabnahme des verbotswidrig erlangten Vorteils wird der jeweilige Täter eines besseren dahin belehrt, daß die Betätigung der normwidrigen Gesinnung für ihn ohne Nutzen, somit künftig zwecklos sei, durch die Auferlegung der Schadensersatzpflicht aber noch weiter dahin, daß diese Betätigung in letzter Linie ihm schädlich sei. Soweit die Schadensersatzpflicht über die Herausgabe des erlangten Vorteiles hinausgeht, d. h. als positives Uebel vom Täter empfunden wird, erscheint sie der Strafe verwandt. Immerhin ist letztere Funktion der Schadensersatzpflicht nur die Kehrseite ihres Hauptwesens, welches ebenso wie bei der Pflicht zur Herausgabe darin besteht, die Wiederherstellung der verletzten öffentlichen Sicherheit mittels Ausgleichung konkreter Verletzungen zu bewirken, während die Strafe, eine konkrete Verletzung (begrifflich) nicht berührend, das verletzte Sicherheitsgefühl unmittelbar wieder herstellen soll. Dort wird die Lust zur rechtswidrigen Betätigung reprimiert, indem ihr durch Negation jedes konkreten Erfolges der wesentliche Ansporn genommen, hier, indem ihr ein positiver Gegensporn gesetzt, der Lust selbst ein Leid entgegengestellt wird. Treffend vergleicht daher *Binding* den Schadensersatz mit einem homöopathischen, die Strafe aber mit einem allopathischen Heilmittel. Da hiernach die Reaktion more civili ihrem Wesen nach lediglich als Negation des rechtswidrig Bewirkten sich dar-

stellt, so ist klar, daß bei ihr Zweckmäßigkeitserwägungen, wie sie gegen die Anwendung der Strafe als positiver Gegenmaßnahme sprechen, nicht Platz greifen können. Bei ihr ist der Konsequenz aus dem Rechte freier Lauf gelassen; sie tritt regelmäßig ein, wo ihre Voraussetzungen vorliegen.[1])

Für die Strafbarkeit einer konkret verletzenden Handlung kommt daher nur der Grad ihrer Rechtswidrigkeit in Betracht, welcher nach Abzug der die Wiederaufhebung der konkreten Folgen bezweckenden Rechtsreaktion übrig bleibt.[2]) Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Wiederaufhebung der konkreten Folgen inhaltlich unmöglich ist, oder nur praktisch an der Mittellosigkeit des Täters scheitert. Wäre bei Sachbeschädigungen der Schadensersatz immer beizutreiben, m. a. W. wäre nicht durch Straflosigkeit der mittellose vorsätzliche Zerstörer fremden Gutes privilegiert, so könnte wohl auf die Bestrafung der einfachen Sachbeschädigung verzichtet werden. Der Kontraktbruch von seiten der ländlichen Arbeiter soll für strafbar erklärt werden, weil die Schadensersatzpflicht sie, die Mittellosen, nicht von dem rechtswidrigen Davonlaufen abhalte.

Wäre es denkbar, daß zwei auf dasselbe Ziel gerichtete Handlungen, von denen die eine konkrete Folgen hat, die andre nicht, in gleichem Maße das öffentliche Interesse verletzen, so müßte die Strafbarkeit der konkret verletzenden geringer sein als der anderen, weil die Verletzung des öffentlichen Interesses bei dieser allein durch Strafe, bei der konkret verletzenden zunächst durch Schadensersatz und erst zum Rest durch Strafe wieder gut zu machen wäre. In Wirklichkeit erscheint aber von zwei normwidrigen Handlungen, die prima facie unter gleichen Erfolgsaussichten begangen wurden, diejenige, welche eine konkrete Verletzung zur Folge hatte, stets in höherem Grade rechtswidrig als die „erfolglos“ verlaufene, dies selbst nach Abzug jenes Maßes von Rechtswidrigkeit, das durch den Schadensersatz Ausgleich findet. Denn die konkrete Verletzung beweist sowohl eine größere Intensität des rechtswidrigen Willens, als auch eine größere

[1]) Dem modernen Rechte blieb es vorbehalten, diese Konsequenz zu durchbrechen, insofern der Verletzte durch eine rechtswidrige Handlung genötigt wird, den entstehenden Schaden seinerseits zu mindern, § 254 Abs. 2 BGB.

[2]) Die subsidiäre Natur der Strafe betont Merkel, Krim. Abh. I S. 63.

Fähigkeit des Handelnden, den verbrecherischen Willen zu verwirklichen, somit eine höhere Gefährlichkeit der Handlung. Hieraus erhellt die Bedeutung, welche der konkreten Verletzung als Symptom der Gefährlichkeit und Rechtswidrigkeit der ehedem vorgestellten Handlung zukommt. Die durch die konkrete Betätigung hervorgerufene Verletzung ist das sicherste, weil einzig untrügliche Merkmal, daß eine Handlung gefährlich war. Denn nur in diesem Falle ist es dem Täter unmöglich einzuwenden, daß er es mit der scheinbar beabsichtigten Verletzung gar nicht ernst gemeint oder sich im letzten Augenblicke vor der Tat eines besseren besonnen habe,[1]) oder sich mit der Behauptung herauszureden, daß er den wahren Sachverhalt, — z. B. im Falle des Jägers seine Treffsicherheit und die Streuung seiner Büchse, — so genau gekannt habe, daß eine Verletzung ausgeschlossen erschien, das Zielen auf den Bauern also gar nicht rechtswidrig war.

Es hat daher seinen guten Grund, wenn die durch eine konkrete Verletzung qualifizierte Gefährdung schwerer bestraft wird als die einfache, und wenn auf einem großen Gebiete der normwidrigen Betätigungen erst die konkrete Verletzung die Strafbarkeit begründet, von der historischen Bedeutung dieses Momentes ganz abgesehen.

Würde statt dessen der Gesetzgeber einfach auf die Handlung dessen, der gefährdet, Strafe setzen, so würde er zwar seinen Zweck (Repression der gefährlichen Handlungen) vollkommener erreichen, aber, wie oben bereits ausgeführt,[2]) eine arge Unbestimmtheit darüber zulassen, was Voraussetzung der Strafe ist, somit den Untertan nicht nur in hohem Maße dem subjektiven Befinden des Richters anheimgeben, sondern auch in der Freiheit seiner Willensbetätigung mehr als nötig beschränken, indem er eine Handlung nach ihrem objektiven Durchschnittscharakter (wie ihn der jeweilige Richter erfaßt) mit Strafe belegt, welche Handlung nach der vielleicht vom Täter genauer überblickten Sachlage unschädlich ist, somit den wirtschaftlichen Zwecken des Täters nicht entzogen sein soll. Dem Gesetzgeber erscheint es daher als das kleinere Uebel, gegenüber einer dem Zuschauer gefährlich und deshalb rechtswidrig vorkommenden (also objektiv

[1]) Vgl. Bünger, ZStW. 6, S. 333.

[2]) Oben S. 21.

rechtswidrigen) Handlung dann den Einwand gelten zu lassen, sie sei nicht hinreichend gefährlich gewesen, wenn sie in concreto nicht verletzt hat. So gelangt er dazu, überall da, wo es auf einen bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit konkret verletzender Wirkung einer Handlung ankommt, die Verletzung eines konkreten Interesses als Beweis für das Vorliegen dieses Grades anzusehen. Wann es aber auf diesen Grad ankommt, das ist eine Vorfrage, die lediglich aus der Rechtswidrigkeit der Handlung, d. h. aus dem öffentlichen Interesse, dessen Verletzung in Frage steht, beantwortet werden kann. Ist z. B. ein angegriffenes Gut von geringem Werte, so können selbst Handlungen, die es in einem der Gewißheit seiner Verletzung gleichkommenden Grade gefährden, nur eine unbedeutende Verletzung des öffentlichen Interesses hervorrufen. Andrerseits kann ein Gut so wichtig sein, daß eine Handlung mit dem geringsten Wahrscheinlichkeitsgrade seiner Verletzung die öffentliche Sicherheit so sehr beeinträchtigt, also an sich, und ohne daß es erst eines Beweises durch konkrete Verletzung bedürfte, in so hohem Maße gefährlich und rechtswidrig ist, daß sie unter allen Umständen durch Strafe reprimiert werden muß, selbst auf die Gefahr hin, daß der Strafrichter von seinem subjektiven Befinden einen falschen Gebrauch machen, oder daß eine in Wahrheit unschädliche Handlung damit getroffen werden wird.

Wir können also unterscheiden Handlungen, bei denen die konkrete Verletzung:

1) vorliegt, Strafbarkeit aber fehlt,
2) fehlt, Strafbarkeit aber vorliegt,
3) die Strafbarkeit begründet,
4) zu einer erhöhten Strafbarkeit führt.

Das Ergebnis ist daher, daß zwar bei einem Angriffe auf das gleiche Objekt diejenige Handlung die gefährlichere ist, die konkret verletzt, oder umgekehrt diejenige weniger rechtswidrig erscheint, die nicht verletzt hat, daß aber die konkrete Verletzung als solche für das Maß der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit nichts beweist.

β) Nun wird noch darauf hingewiesen, daß regelmäßig bei einer strafbaren Handlung ein ganz bestimmtes Objekt (Person oder Sache) vorhanden ist, gegen das sich die Handlung wenigstens

richtet, wenn sie es auch nicht verletzt, daß also, wenn auch keine konkrete Verletzung, so doch eine konkrete Gefährdung Voraussetzung der Strafbarkeit sei.

Durch diesen Hinweis glaubt man einesteils für die Meinung, daß die konkrete Verletzung als solche ein Merkmal erhöhter Rechtswidrigkeit (Strafbarkeit) sei, eine Stütze zu finden, insofern man glaubt, in der Gefährdung des konkreten Gutes wenigstens eine Beeeinträchtigung zweiten Grades erblicken zu können. Letztere Auslegung der konkreten Gefährdung ist jedoch oben abgetan mit dem Nachweise, daß das angegriffene Objekt durch die Gefährdung nur scheinbar, nicht aber in Wahrheit mehr beeinträchtigt wird als alle anderen nicht im unmittelbaren Angriffsfelde liegenden Objekte derselben Art.

Wenn aber andernteils in der Erscheinung der konkreten Gefährdung als solcher ein selbständiges Merkmal der Unterscheidung größerer oder geringerer Rechtswidrigkeit gefunden wird, so beruht diese Meinung nicht, wie die vorerwähnte Auffassung der konkreten Verletzung, auf einer unzulässigen Verallgemeinerung einer an sich richtigen Erscheinung, sondern unmittelbar auf falscher Erkenntnis. Die konkrete Gefährdung ist in allen Fällen, bei denen es auf sie ankommt, kein Merkmal erhöhter Rechtswidrigkeit, sondern der Rechtswidrigkeit überhaupt. Am besten erhellt dies aus dem Beispiele: Erhöht rechtswidrig ist es, einen Anderen durch Diebstahl zu verletzen; rechtswidrig ist auch die Betätigung des Willens, einem Anderen etwas zu stehlen; „der Andere", d. h. das Merkmal, daß sich die Handlung gegen eine bestimmte Person richtet, kann aber nicht ausgeschaltet werden, ohne daß nicht nur die Strafbarkeit, sondern auch die Rechtswidrigkeit selbst, d. h. die abstrakte Normwidrigkeit wegfällt. Und es gibt keinen Fall, in dem die konkrete Gefährdung Merkmal der Strafbarkeit ist und weggedacht werden könnte, wobei trotzdem eine Normwidrigkeit bestehen bliebe.[1])

Es liegt allerdings im Wesen des öffentlichen Interesses, dessen Verletzung die Rechtswidrigkeit ausmacht, daß es in den meisten Fällen nur durch Handlungen verletzt werden kann, die sich gegen bestimmte Personen richten. Denn wie oben bereits hinsichtlich der Zweiteilung der öffentlichen Interessen ausgeführt,

[1]) Vgl. oben das über die Arten rechtswidriger Handlungen Gesagte, S. 49.

behalten die meisten öffentlichen Einzelinteressen, auch in der Gestalt von (Solidar-)Interessen des Staates, den Charakter als Aggregate (von Einzelpersoneninteressen), die nur in ihren einzelnen Posten getroffen werden können. Dies stimmt ja auch mit der elementaren Erkenntnis überein, daß das Recht, das nur hominum causa constitutum est, gerade jenen Handlungen am augenscheinlichsten das Merkmal der Rechtswidrigkeit aufprägt, die ihre Spitze unmittelbar gegen einen Menschen kehren.

b) Bei Betrachtung der konkreten Verletzung ergab sich, daß für die Schwere der Verletzung des öffentlichen Interesses die Wichtigkeit des angegriffen erscheinenden (konkreten) Objekts von Bedeutung ist. Da nun aber, — wie oben hinreichend dargetan, — dessen (konkrete) Verletzung für die Verletzung des geschützten Objektes (des öffentlichen Interesses) nicht maßgebend ist, so kann nur die Willensrichtung in Frage kommen, mit der jemand den Angriffsobjekten gegenüber sich betätigt.

Es bleibt also dabei, daß eine Unterscheidung der Qualität der Handlungen nur in deren subjektiver Seite[1]) möglich ist. Wir wollten die Willensqualität des Täters ableiten aus der Wirkung der Handlung auf das geschützte Objekt und werden nun umgekehrt darauf geführt, daß erst infolge eines gewissen Willensinhaltes der Handlung eine Verletzung des geschützten Objektes eintritt.

Hätte sich etwas Anderes ergeben, dann wäre unsere Erkenntnis, daß im Rechtssinne nur vorgestellte Handlungen begangen und nur vorgestellte Objekte verletzt werden, als irrig widerlegt gewesen. Nun sie sich aber als richtig gezeigt hat, wird es darauf ankommen zu erweisen, ob und inwiefern die Gesamtheit der strafbaren Handlungen ein System von Gefährdungsdelikten ist.

α) Ehe wir die Willensseite der Handlung näher betrachten können, bedarf es einer Festlegung des Willensbegriffes. Unter Willen verstehen wir lediglich (körper-)bewegende Kraft. Willensbetätigung ist lediglich die (positive oder negative) Körperbewegung.[2])

[1]) Vgl. oben S. 49.
[2]) Vgl. Beling, Verbrechen, S. 14, 15.

Den Inhalt des Willens bestimmen die ihn begleitenden Vorstellungen.[1]) Die Vorstellung des Täters von einer Handlung kann sich stets nur darauf beziehen, wie die Handlung auf die Angriffsobjekte wirkt. Angriffsobjekte sind lediglich die konkreten Güter oder Interessen der Mitmenschen. Der Täter sieht, wenn er eine Handlung plant, entweder daß Interessen anderer, oder daß keine solchen im Wege stehen.[2]) Sie stehen im Wege, wenn sie in der vorausgesehenen Bahn, dem Wirkungs- oder Gefahrenbereiche der Handlung, liegen. Wir können diesen Wirkungsbereich der Handlung vergleichen mit dem Streuungskegel eines Geschosses, wobei die Axe des Kegels diejenigen Punkte enthält, die mit der größten Wahrscheinlichkeit getroffen werden, während die Wahrscheinlichkeit der Verletzung um so geringer ist, in je größerem Winkel von der Axe der Punkt liegt. Bereits oben wurde die Beschaffenheit der ex ante gesehenen (der vorgestellten) Handlung einer eingehenden Betrachtung unterzogen und hervorgehoben, daß von diesem Standpunkte aus alle Handlungen, selbst diejenigen deren Angriffsobjekte in der Axe oder nahe der Spitze des Streuungskegels (an der Mündung der Schußwaffe) liegen, nur als Gefährdungs-, nicht als Verletzungs-Handlungen gegenüber den Angriffsobjekten erscheinen. Andererseits sind sie jedenfalls Gefährdungshandlungen, auch dann, wenn dem Täter kein Angriffsobjekt vorschwebt; in diesem Falle ist ein so großer Kreis von gleichmäßig gefährdeten Objekten vorhanden, daß ein einzelnes Objekt im Streuungskegel nicht sichtbar ist.

Hiernach ist zu prüfen, wie der Wille bei einer Betätigung vermöge der begleitenden oder vorausgegangenen Vorstellung beschaffen ist. Der Wille ist durch die Vorstellung motiviert. Eine Vorstellung kann entweder ein abmahnendes oder ein anreizendes Motiv bilden. Die motivierte, d. h. mit Vorstellung (der voraussichtlichen Folgen) begangene Willensbetätigung nennen wir vorsätzlich. Es ist daher weder richtig, den Vorsatz als Vorstellung, noch ihn als Willen zu definieren. Vorsatz ist ein „Be-

[1]) Vgl. Beling a, a. O. S. 46.

[2]) Da man die Angriffsobjekte als Schutzobjekte ansah, mußte man, wenn Güter der Einzelnen nicht angegriffen erschienen, zu der Fiktion seine Zuflucht nehmen, daß dann Güter der Allgemeinheit angegriffen würden. Uns nötigt dazu nichts.

stimmtgeartetsein des Willens".[1]) Die einer abmahnenden Vorstellung zuwider begangene Handlung heißt schuldhaft, wenn anders Schuld nicht allein Zurechungsprinzip, sondern der „tadelhafte Inhalt des Willens" selbst ist.[2]) Daraus folgt: Ohne Vorstellung (Vorsatz) gibt es keine Schuld, oder positiv gefaßt: Nur vorsätzliche Willensbetätigungen können schuldhaft sein.

In welcher Weise kann nun der Inhalt des Willens tadelhaft sein? Tadelhaft im Rechtssinne ist rechtswidrig. Rechtswidrigkeit liegt vor bei einer Handlung, die einer nach der Regel des Rechts abmahnenden Vorstellung zuwider begangen worden ist. Die Regel des Rechtes ist nicht die Summe der Rechtssätze, (denn diese geben ja gewöhnlich nur die Rechtsreaktion an) sondern die Summe der Verhaltensnormen, die aus den Rechtssätzen interpretiert werden können, weil ja die Rechtssätze selbst nur deklarieren, was Rechtsbewußtsein ist, d. h. was als Bedingung gedeihlichen Zusammenlebens in der betreffenden Kulturepoche jedem Gliede der Gesellschaft sich aufdrängt. Vermöge seiner Erziehung und der Erfassung seiner selbst und seiner Interessen kennt daher der normale Mensch die Regel des Rechtes, und zwar als das kategorische Pflichtgebot, bei allen Handlungen auf die Mitmenschen, deren Leib und Leben, Persönlichkeit, wirtschaftliche und sonstige Bestrebungen dieselbe Rücksicht zu nehmen, die er um seiner selbst willen anderen zumutet. Die Regel des Rechts erteilt dem Handelnden, vermöge der Vorstellung der voraussichtlichen Wirkung der Handlung, in jedem einzelnen Falle als spezielles Pflichtgebot (Norm, hypothetischen Imperativ) die Mahnung, die geplante Handlung, die gefährlich ist, d. h. die in dem Streuungskegel ihres Wirkungsbereichs entgegenstehende Interessen anderer aufweist, zu unterlassen.

Betätigt der Handelnde seinen Willen dieser Mahnung zuwider, so handelt er zugleich rechtswidrig, schuldhaft und vorsätzlich.

β) Wir können nun drei Grade der Rechtswidrigkeit oder Schuld unterscheiden, je nachdem der Täter die Handlung begeht:

1. weil er sie als gefährlich erkennt, d. h. zum Zwecke der Verletzung des Nächsten,

[1]) Beling, Verbr. S. 45, 46.
[2]) Beling, a. a. O. S. 46.

II. obgleich er sie als gefährlich erkennt, also nicht zum Zwecke der Verletzung, sondern zu einem an sich erlaubten Zwecke,

III. ohne daß er sich über den Charakter der Handlung klar ist.[1])

Hiernach zerfallen die rechtswidrigen Handlungen in drei begrifflich verschiedene Gruppen.

I. 1) Die Handlungen der ersten Gruppe zeichnen sich dadurch aus, daß der Täter eben die Verletzung herbeizuführen beabsichtigt, um deretwillen die Handlung unterlassen werden sollte. Es wird das gerade Gegenteil dessen erstrebt, was die Rechtsordnung bezweckt.

Wir stoßen hier auf den Begriff der Absicht. Absicht ist, was den Täter zur Handlung bestimmt (*Frank*). Absicht ist, wie Vorsatz, nicht Willensbetätigung selbst, wiewohl der Beweis ihres Vorhandenseins an das Erscheinen der Willensbetätigung gebunden ist. Während der Vorsatz sich in einer den Willen qualifizierenden Vorstellung erschöpft, qualifiziert die Absicht den Willen über die Vorstellung hinaus durch einen Wunsch. Vorsatz verhält sich daher zu Absicht wie Vorstellung zu Wunsch. Eine konkrete Verletzung kann (selbstverständlich immer als Folge der Handlung) vorgestellt oder darüber hinaus gewünscht sein. Ist letzteres der Fall, so liegt Verletzuugsabsicht vor. Von Verletzungsvorsatz zu sprechen, ist dagegen falsch und irreführend. Man kann von Gefährdungsvorsatz sprechen. Damit bezeichnet man aber nicht etwa eine Unterart des Vorsatzes, sondern nur die Vorsatzeigenschaft, in nichts anderem zu bestehen als der Vorstellung der Gefahr, der größeren oder geringeren Möglichkeit der Verletzung. Der Vorsatz enthält also immer das eventuelle Moment, und man kann nicht von Eventualvorsatz im Gegensatz zu einem anderen Vorsatze sprechen.

2) Die Absicht der Verletzung des angegriffenen Gutes liegt stets vor, d. h. braucht nicht besonders bewiesen zu werden, wenn der Täter die Verletzung als gewissen oder notwendigen[2]) Erfolg seiner Handlung voraussah (sich vorstellte). Er kann sich also

[1]) Daß und in welcher Weise auch hier vorsätzlich, d. h. einer abmahnenden Vorstellung zuwider gehandelt wird, wird sich unten ergeben.

[2]) Genau ausgedrückt: in einem der Gewißheit nahekommenden Grade der Wahrscheinlichkeit.

nicht damit herausreden, daß er sagt: Ich bezweckte nur die Erlangung des Geldes des Reisenden, als ich ihn niederschoß, ich bezweckte nur die Befreiung des Vaterlandes, als ich den Ermordeten tötete, ich wollte nur mein Interesse wahren, als ich den Nachbar schmähte;[1]) vielmehr hat er mit dem zweiten Ziele auch das erste beabsichtigt. Für die Absicht kommt lediglich in Betracht, daß der Täter sich durch die Vorstellung des zu erreichenden Zweckes zum Handeln bestimmen läßt. „Dem steht es nicht entgegen, wenn er ein noch weiter darüber hinaus liegendes Ziel verfolgt. Absicht ist Zweck aber nicht Endzweck".[2])

Eines besonderen Nachweises bedarf jedoch die Absicht der Verletzung, wenn der Täter sich den verletzenden Erfolg nur als einen möglichen oder selbst bis zu einem hohen Grade wahrscheinlichen vorstellte. Der Jäger, der den Bauern totschoß, statt nur seine Pfeife zu treffen, handelte nicht mit Absicht, wenn auch für die Hoffnung, daß ihm der Tellsschuß gelinge, ein äußerst geringer Raum war. Hätte jedoch der Freund, der den Jäger begleitete, diesen zu dem Schusse veranlaßt in der Absicht, den ihm etwa verhaßten Bauern womöglich aus dem Wege zu räumen, so hätte der Freund mit dolus eventualis[3]) gehandelt

3) Tritt die beabsichtigte Verletzung nicht ein, so war die Handlung nicht so gefährlich; es bleibt aber nichts destoweniger die Tatsache der absichtlichen Betätigung und damit eine erhebliche Verletzung des öffentlichen Interesses bestehen.[4])

Im übrigen aber hängt das Maß, in dem das öffentliche Interesse berührt wird, von der Wichtigkeit der Guts- oder Interessenart ab,

[1]) Hier ist angenommen, daß der Nachbar gegenwärtig war. Weiß ich bei Ausstoßung der Schmähworte nicht bestimmt, daß der Nachbar in seiner (inneren oder äußeren) Ehre werde verletzt werden, dann gehört die Handlung mangels des Nachweises einer Beleidigungsabsicht zur zweiten Gruppe.

[2]) Frank, Kommentar 3. u. 4. Aufl. S. 105.

[3]) Da es für uns keinen Verletzungsvorsatz gibt, ist der Kontroverse über dolus eventualis ihre Hauptnahrung entzogen.

[4]) Für die gefährlichen nicht konkret verletzenden Handlungen ist nunmehr eine klare Unterscheidung gegeben in:

a) dem (mißlungenen) Versuch der beabsichtigten Verletzung,

b) der zwar vorsätzlichen, aber gelungenen (ohne schlimmen Erfolg gebliebenen) Gefährdung (Fall des Jägers). Letzterer Fall gehört zur zweiten Gruppe, siehe unten.

zu der das Objekt gehört, das in concreto angegriffen wurde. Denn je wichtiger das nach der Vorstellung des Täters gefährdete Gut war, um so größer also die Gefahr für die Interessenwelt. Es scheint hier ein Widerspruch zu bestehen mit dem oben hinsichtlich der Arten von Interessen Ausgeführten. Dort wurde jedoch lediglich dargetan, daß es einen absoluten Maßstab zur Differenzierung der einzelnen Interessen nicht gibt. Hier handelt es sich um die Angriffsobjekte; das sind konkrete Güter, die als solche allgemein anerkannt sind und in einer gleichfalls anerkannten Stufenreihe der Wichtigkeit zu einander stehen. Die Wichtigkeit dieser Güter bestimmt sich einmal durch den Wert, den das Gut für seinen Besitzer hat, und sodann durch die Größe des Personenkreises, für den dieser Wert Geltung besitzt. Was für jedermann im Lande von Wichtigkeit ist, z. B. das Leben oder das Wohnhaus, an diesen Dingen besteht ein ganz anderes Interesse als an einer städtischen Anlage, dem Gras einer Wiese, einer Frucht des Feldes oder anderen Gegenständen, die so zahlreich vorhanden oder für so wenige Personen im Lande von Wert sind, daß ihre Beschädigung nicht als große Einbuße empfunden wird. Es ist nun klar, daß die Anschauungen über die Wichtigkeit der Interessen nicht überall und jederzeit gleich sind. Die Anschauungen wechseln mit Zeit und Ort und allen Umständen, die für den Kulturzustand eines Volkes von Bedeutung sind. Die Dichtigkeit der Bevölkerung z. B. kann, was sonst Gemeingut ist, zum Sondereigentum machen. Man denke an Wald, Wild und Fische. In einem bestimmten Zeitpunkte, z. B. der Gegenwart, sind die Anschauungen in den verschiedenen Volkskreisen verschieden. In Stadt und Land und in den einzelnen Ständen bestehen sehr verschiedene Interessenwertungen. Jedoch läßt sich sagen, daß zwei Hauptgattungen unterschieden werden können: Güter, deren Verletzung überall und zu allen Zeiten und jedermann als schlimm erscheint, und solche, über die eine nach Ort, Zeit und Modalität mehr wandelbare Anschauung besteht.

II. 1) Die zweite Gruppe[1]) umfaßt nicht minder Handlungen, die im Bewußtsein der (gefährlichen) Qualität der Handlung be-

[1]) Vgl. oben S. 57/58. In diese Gruppe gehört vor allen der Fall des Jägers, wie er oben S. 18 Anm. 1 beschrieben wurde, ferner die Fälle von denen unten S. 62 und endlich die, von denen S. 63 Beispiele angeführt sind.

gangen werden. Diese unterscheiden sich aber von denen der vorigen Gruppe dadurch, daß ihr unmittelbarer Zweck erlaubt ist, daß sie aber wegen der Möglichkeit konkreter Verletzung unterlassen werden sollten. Die Absicht bei der Handlung geht also auf einen unverbotenen Zweck (weshalb sie rechtlich irrelevant ist), die Möglichkeit der Verletzung eines konkreten Gutes wird mit hingenommen in der Hoffnung, die Verletzung werde nicht eintreten. Für die Hoffnung der Nichtverletzung ist nur Raum, wenn der Zweck auch ohne die Verletzung erreicht werden kann. Ob letztere Möglichkeit größer oder geringer ist, kann niemand so gut wie der Handelnde selbst beurteilen. Denn obgleich es sich um eine gefährliche, also, weil abstrahiert, in einem objektiven Licht erscheinende Willensbetätigung handelt, so ist doch die Vorstellung des Täters über die Gefährlichkeit maßgebend.[1]) Und wie diese beschaffen ist, weiß eigentlich nur er selbst.

2) Der Gesetzgeber, der auf dem Standpunkte des Zuschauers steht, muß auf die Beschaffenheit der Handlung aus äußeren Merkmalen schließen. Nicht in allen Fällen ist ihm dies möglich, — wie ersichtlich wird, wenn er die Handlungen in Tatbestände faßt:

A) Oft bieten sich ihm keine solchen Merkmale dar, und er muß es auf das letzte, aber dann auch untrügliche Mittel der Beurteilung der Handlung, die Verletzung oder Nichtverletzung,[2]) ankommen lassen. Es wird daher in vielen — im Anfangsstadium der Rechtsentwickelung sogar in allen — Fällen dem Täter allein die Entscheidung überlassen, ob er die Handlung begehen will oder nicht (Vgl. Fall des Jägers). War er nicht seiner Sache ganz sicher, dann mußte er die Handlung unterlassen. Mit Recht wird er daher gestraft, wenn eine konkrete Verletzung eintritt,[3]) und zwar umso empfindlicher, je wichtiger das Gut war, das er gefährdete; denn um so weniger hat er die schuldige Rücksicht auf den Nächsten walten lassen, und um so mehr ist deshalb die öffentliche Sicherheit, d. h. das Bewußtsein, daß diese Rücksicht genommen werde, verletzt.

B) Das erlaubte wirtschaftliche oder sonstige egoistische Bestreben der Menschen zeitigt unter bestimmten Verhältnissen gewisse

[1]) Wie sich die Praxis damit abfindet, darüber siehe unten S. 66.

[2]) Vgl. oben S. 53.

[3]) Warum dies umso leichter möglich ist, wird die Betrachtung der dritten Gruppe zeigen.

Arten von Handlungen, die allmählich als häufige Ursachen konkreter Verletzungen erkannt werden. Angesichts dieser Arten von Handlungen sieht sich der Gesetzgeber genötigt, den wirtschaftlichen oder sonstigen Wert der Handlung gegenüber ihrer Gefährlichkeit abzuwägen. Ueberwiegt das Interesse der Sicherheit, sei es absolut wegen der Wichtigkeit des konkret gefährdeten Gutes, sei es relativ, weil der (wirtschaftliche usw.) Zweck der Handlung auch noch auf andere Art und Weise erreicht werden kann, die Unterdrückung der Handlung also einen verhältnismäßig geringen wirtschaftlichen Nachteil darstellt, so gelangt er dazu, die Betätigungsart schlechthin für strafbar zu erklären, es also nicht auf die konkrete Verletzung ankommen zu lassen. Er kann dies tun, da es sich um generell definierbare Betätigungsarten handelt, und er darf dies tun, da der Täter als Mensch der gleichen Kulturepoche die gleichen Erwägungen anstellt wie der (nur das Volksbewußtsein zum Ausdruck bringende) Gesetzgeber.

Die Handlungen, die, weil sie zu einer bestimmten Betätigungsart gehören, unerlaubt sind, lassen sich in zwei Untergruppen scheiden:

a) Handlungen, bei denen das Interesse der Sicherheit den wirtschaftlichen Wert ihrer Betätigung nur dann überwiegt, wenn ein bestimmtes (konkretes) Objekt durch die Betätigung gefährdet erscheint, wenn also der Täter nachweisbar ein bestimmtes entgegenstehendes Interesse mit Nichtachtung übergeht. Hier wird die Art und Weise der Betätigung (nicht etwa die Wirkung) durch das Merkmal der konkreten Gefährdung gekennzeichnet.

Die Veranstaltung einer Ueberschwemmung kann von großem Nutzen sein. Wenn aber dabei bestimmte Menschen oder Sachen in einem näher zu bezeichnenden Umfange verletzt werden können, z. B. durch Anwendung einer gewissen Gewalt oder Tiefe des Wassers, § 312 StGB., so muß auf den Nutzen der Ueberschwemmung verzichtet werden. Das Niederbrennen eines Gebäudes kann einem Abbruche vorzuziehen sein, ist die Niederbrennung aber mit der Möglichkeit der Verletzung bestimmter Güter verknüpft, (was bei einem Wohngebäude stets präsumiert wird, § 306 StGB.) so muß sie unterbleiben.

Ausnahmsweise ist mir die rednerische Verteidigung meiner im berechtigten Interesse getroffenen Maßnahmen selbst durch Worte erlaubt, die den Nebenmenschen zu verletzen geeignet sind, § 193 StGB.

b) Handlungen, bei denen das Interesse der Sicherheit immer überwiegt, weil ihr wirtschaftlicher Wert gar nicht anzuerkennen ist gegenüber der Schädigung, die sie in der Güterwelt anrichten können. Wenn wir sagen, daß hier an die Stelle des Bewußtseins der Gefährlichkeit das Bewußtsein des Verbotes schlechthin tritt, so ist das nur eine andere Formel für dieselbe Größe. In den Fällen der vorhergehenden Art war mehr oder weniger dem Täter überlassen, die Wahrscheinlichkeitsrechnung der Verletzung selbst zu ziehen, in letzterem Falle ist sie bereits für ihn gezogen. Ein Wohnhaus darf nicht in Brand gesetzt, ein Feuer auf der Strandhöhe in bestimmten Fällen nicht angezündet, ein falscher Eid nicht geschworen, eine falsche Urkunde nicht gebraucht werden, auch wenn kein konkretes Interesse vorhanden ist, das dem Täter ausdrücklich entgegenruft: „Berücksichtige mich!“ Auf den etwaigen Nutzen solcher Handlungen wird verzichtet. Das Interesse der Sicherheit überwiegt.

Am überzeugendsten erhellt dies bei Handlungen, die sich gegen das Bestehen und die Autorität des Staates richten. Nicht anders aber verhält es sich auch mit jener Art von Handlungen, an deren Unterlassung die sogenannten Interessen der Religion, der Sittlichkeit, der körperlichen Unversehrtheit (Sicherheit im engeren Sinne) bestehen. Daß alle diese Interessen die rechtliche Genußsicherheit der im Kreise der öffentlichen Gemeinschaft lebenden Personen mit bedingen, kann nicht zweifelhaft sein. Treffend führt *Stammler*[1]) aus, wie die Verletzungen der Pflichten gegen die niederen Wesen, gegen Gott und gegen „sich selbst“ eine Gefährdung für alle Interessen bedeuten, weil dadurch das richtige Zusammenleben der sozial verbundenen Menschen getrübt oder verneint wird. Wer die unschuldige Kreatur zwecklos leiden lasse, wer das Gegenteil humaner Gesinnung betätige, wer sich selbst zum bloßen Mittel seiner Genüsse herabdrücke, zeige eine Abgestumpftheit des Empfindens, die ihn auch für das Wohlwollen gegen die Mitmenschen mehr als verdächtig mache. Wie das größte Verbrechertum Hand in Hand geht mit der größten Obszönität, hat am anschaulichsten *Zola* geschildert, und schon *Tacitus*[2]) erklärt, wie sich Livia zum Gattenmord verleiten ließ: „neque femina amissa pudicitia alia abnuerit“.

[1]) Die Lehre von dem Richtigen Rechte S. 61.

[2]) Annalen IV cap. 3.

Dem Interesse an der Sicherheit im engeren Sinne dienen auch die Verbote, die uns um unser selbst willen auferlegt werden. Wir sind gewohnt, daß die Behörde uns und unsere Angehörigen durch Verbote vor Gefahren schützt, die wir entweder nicht kennen (z. B. beim Baden an gefährlichen Orten), oder in Augenblicken, in denen unser Sinn bestimmten Zielen zugewendet ist, zu ignorieren geneigt sind (z. B. Abspringen von der Bahn). Von diesem Vertrauen erfüllt, können wir umso „sicherer“ unserer Wege gehen, umso ruhiger unsere jugendlichen oder sonst unbesonnenen Angehörigen aus unseer Obhut entlassen. Dazu kommt noch, daß, wie *Rotering*[1]) hervorhebt, die Selbstgefährdung auch als eine res mali exempli die allgemeine Sicherheit vermindert.

Die Anforderungen, die das engere Zusammenleben der Menschen an diese stellt, schaffen die vielerlei Interessen, die den Gegenstand polizeilicher Deklarierung bilden. Daß diese Interessen nicht, wie es auf den ersten Anblick scheinen möchte, des moralischen Gehaltes entbehren, zeigt sich uns deutlich wenn wir sie uns zahlreich verletzt denken. Gesetzt, die Besucher einer ständig stark besuchten städtischen Wirtschaft würden allabendlich ihrer leiblichen Bedürfnisse auf der Straße vor der Wirtschaft sich entledigen; die in der Nachbarschaft gelegenen Häuser würden bald eine Einbuße ihres Wertes erleiden, der gegenüber der durch eine Sachbeschädigung verursachte Schade verschwinden würde. „Ich kann mir keine gesetzliche Anordnung denken“, sagt *Jhering,*[2]) „bei der ich mich nicht anheischig machen wollte, den Zusammenhang derselben mit meinem Gesichtspunkt (Gefährlichkeit) nachzuweisen. Münzen, Maß und Gewicht ..... alles reduziert sich seinem Zweck nach auf die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“.

Je dichter die Menschen zusammenwohnen, und je mehr die Bestrebungen der Einzelnen sich berühren und in einander übergreifen, um so mehr Rücksichtnahme auf die gegenseitigen Interessen müssen sie von einander verlangen, um so mehr werden nach Ort, Zeit und Modalität (z. B. Berufszweigen) individualisierte Betätigungsarten hervortreten, die, im ganzen betrachtet, mehr Schaden als Nutzen bringen. An jeder einzelnen dieser Betätigungsarten besteht daher ein öffentliches Interesse auf Unterlassung. Die ordnende, Sicherheit

[1]) In ZStW. 26 S. 778.

[2]) Zweck im Recht, 1. Bd. 3. Aufl. S. 452.

schaffende Hand der Polizeibehörde unterzieht sich der Aufgabe, diese aus den Lebensverhältnissen selbst entspringenden Verhaltensmaßregeln, soweit sie nicht bereits als Bestandteile des allgemeinen Rechtsbewußtseins angesehen werden können, zu kodifizieren und zu verkündigen, damit u. A. die dem Kreise, in dem sie gelten, fremden Personen, wenn sie herein kommen, alsbald darüber unterrichtet sind, wie sie sich zu verhalten haben, und nicht erst durch Schaden klug werden müssen. Je höher die Kultur, um so mehr Polizeivorschriften.[1])

Mit der ständig fortschreitenden Kultur wird, was zuerst nur Polizeivorschrift, d. h. in einem beschränkten Kreise geltende Verhaltensnorm war, zur Norm für den allgemeinen Verkehr, die dann auch im Rechtsbewußtsein des ganzen Volkes derart lebt, daß sie nicht mehr von der Polizeibehörde verkündet, daß vielmehr unmittelbar ihre Uebertretung mit Strafe bedroht wird. Wer einer solchen Entwickelung gegenüber eine strafbare Handlung mit dem Nachweise, daß sie einst Gegenstand polizeilicher Regelung gewesen sei, für das Verwaltungsstrafrecht reklamieren wollte, würde wohl keinen Anklang finden.[2])

c) Während die Betrachtung des allmählich gewordenen Rechtes zeigt, daß die Strafbarkeit der nicht absichtlichen Gefährdung konkreter Güter (für die absichtliche gilt übrigens das Gleiche) ursprünglich in der reinen Erfolgshaftung bestand, daß man aber dann, nachdem sich gewisse Handlungsarten als häufige Ursachen von Schädigungen erwiesen hatten, diese Handlungen als solche unter Strafe stellte, sei es daß man sie unter Zuhilfenahme des Motives der Reprobierung beschrieb, (um ja keine Betätigungsart mehr als notwendig zu treffen!), sei es daß man in der nationalen Oekonomie auf die Betätigungsart überhaupt verzichten, somit sie schlechthin verbieten zu können glaubte. Dagegen erscheinen uns die gleichen Handlungen von dem Standpunkte aus, von dem aus der moderne Kodifikator sie in Tatbestände zu bringen sucht, in umgekehrter

[1]) Es ist daher wenig glücklich, wenn M. E. Mayer von diesen Produkten der gesteigerten Kultur sagt, daß sie nur Rechts-, nicht Kulturnormen seien, vgl. oben S. 7.

[2]) Die von der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung s. Zt. empfohlene Methode historischer Erforschung des Wesens der Polizeiübertretungen erscheint daher, wie auch das Beispiel Goldschmidts gezeigt hat, eher zur Verwirrung als zur Aufklärung dienlich.

Reihenfolge. In dem Bestreben, die Strafe für jede Handlung tunlichst durch das Gesetz (im weitesten Sinne) festzulegen, dem Befinden des Richters also möglichst wenig Spielraum zu lassen, durchgeht der Gesetzgeber in großer Kasuistik alle denkbaren gefährlichen Betätigungsarten, um ihnen, nachdem er die Wahrscheinlichkeitsrechnung ihres Gesamtnutzens und -Schadens gezogen hat, entweder unbedingt den Unwertstempel aufzudrücken oder aber nur für den Fall, daß die dem Täter überlassene, jeweils anzustellende Betrachtung seines Verhaltens eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Schädlichkeit der Handlung ergibt. Letzteres kann in der Regel dann angenommen werden, wenn dem Täter ein bestimmtes Interesse, das wichtig genug ist, vor der Tat sein noli me tangere entgegengerufen, d. h. ihm als konkret gefährdetes vor Augen geschwebt hat. Dem steht nicht entgegen, daß es dem Gesetzgeber oft nicht möglich ist, den Nachweis, daß der Täter selbst die konkrete Gefährdung ersehen habe, zum Tatbestandsmerkmal zu machen, vielmehr die Erfüllung dieser Voraussetzung als gegeben annimmt, wenn dem normalen Menschen (Richter) in der Lage des Täters das konkret gefährdete Objekt vor Augen steht. Auf diese Weise wird das Vorliegen gewisser bedingt objektiver Voraussetzungen zur Präsumtion für das Vorliegen der verpönten Gesinnung gemacht.

In den Fällen der konkreten Gefährdung ist es dem Gesetzgeber noch möglich, die einzelnen Handlungen, — indem er diejenigen Güter namentlich bezeichnet, deren Gefährdung er verbietet, — generell aufzuzählen. Die Einzelaufzählung der Handlungen ist aber da nicht mehr möglich, wo es sich nicht mehr um Betätigungsarten (genera delictorum) handelt, d. h. wo nicht bereits eine größere oder geringere Mehrzahl gewisser gleicher Betätigungen hervorgetreten ist. Steht eine Deliktsfigur vereinzelt da, so kann nicht ein eigenes Gesetz gegen diese species geschaffen werden. Denn sonst müßten jeweils nach allen Handlungen, die bis zu ihrer Begehung unerhört waren, fortdauernd Gesetze gegen deren Wiederholung erlassen werden. Solche „Gelegenheitsgesetze", die ja schon gemacht wurden, sind durchaus nicht nötig; denn eine vereinzelt auftretende Rechtswidrigkeit beeinträchtigt, — verursachte sie auch noch so großen konkreten Schaden, z. B. der Jäger schießt den Bauern tot, dem er die Pfeife aus dem Munde schießen wollte, — die öffentliche Sicherheit nicht in erheblichem Maße.

In den Fällen, in denen der Gesetzgeber die gefährliche Handlung (eben weil sie zu keinem genus delictorum gehört, er sie also vor der Betätigung auch als vorgestellte gar nicht kennt,) nicht in den Kodex der verbotenen Handlungen aufnehmen kann, bleibt ihm nichts Anderes übrig, als ein Einschreiten allgemein anzudrohen, wenn der Eintritt einer konkreten Verletzung auf eine Schuld schließen läßt. Aber auch in Fällen letzterer Art findet noch eine Beschränkung des richterlichen Befindens statt, indem nur bei Verletzung besonders wichtiger, einzeln aufgeführter Güter das Einschreiten in Aussicht gestellt wird. [1])

3) Wird durch eine Handlung dieser Gruppe ein konkretes Objekt verletzt, so nennen wir die Verletzung fahrlässig verursacht. Man spricht gewöhnlich von fahrlässiger Handlung nur, wenn der unerwünschte Erfolg eingetreten ist, also bei den Handlungen oben S. 62 f. unter a) und unter b), soweit letztere durch einen Erfolg qualifiziert sind. Da aber der Nichteintritt eines Erfolges nur auf einem Zufalle beruht, und die Willensbetätigung, auch wenn das gefährdete Objekt unverletzt blieb, von keiner anderen Beschaffenheit ist, so dürfte es sich rechtfertigen, alle Handlungen dieser Gruppe — im

[1]) Aus dieser Betrachtung dürfte auch erhellen, daß, obgleich nur gefährliche Handlungen zum Gegenstande der Regelung gemacht werden können, doch alle Bestrebungen, die Strafgesetze unter weiterer oder gar ausschließlicher Benutzung des Gesichtspunktes der Gefährdung einzurichten, insolange verfehlt sind, als der Prinzipalzweck des Strafgesetzgebers nicht ist zu sagen, was verboten ist, sondern wann Strafe einzutreten hat, also Voraussetzungen richterlichen Einschreitens, sog. Tatbestände, zu fixieren. Da die scharfe Umgrenzung der Tatbestände auch heute das wichtigste Postulat der Strafrechtspolitik ist, wird eine Reform der Strafgesetzgebung eher in gegenteiliger Richtung, als wie sie zuerst Stübel (a. a. O.) vorgeschlagen hat, sich bewegen, die Gefährdungstatbestände also, soweit wie möglich, auszumerzen suchen, niemals aber eine andere als eine „Gefährdung mit geschlossenen Mitteln" (Binding) zum Inhalte eines Tatbestandes machen. Damit diese Erkenntnis durchdringt, muß mehr, als es bisher geschehen ist, die Kluft beachtet werden, die zwischen der Wissenschaft von der richtigen Gestaltung des Strafrechts und der Strafrechtsanwendung besteht. Für Letztere erscheint Belings mehrfach angezogenes Werk bahnbrechend. Nach ihm wäre unter Berücksichtigung des oben Gesagten die Lehre von der Anwendung des geltenden Strafrechts zu scheiden in 1) die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, d. i. der Schuld, und 2) die Lehre vom Tatbestande und den einzelnen Tatbeständen einschließlich der zur Erfüllung jedes Tatbestandes gehörenden subjektiven Momente (der formellen Rechtswidrigkeit).

Hinblick auf das Objekt oder die Objekte, die infolge der Handlung verletzt werden konnten, mögen sie auch dem Täter gar nicht vorgeschwebt haben (so bei Sittlichkeitsdelikten), — als fahrlässig zu bezeichnen. In diesem Sinne ist Fahrlässigkeit das Gegenstück zu Absicht(lichkeit), also eine Art der Schuld, des vorsätzlichen Handelns. Indem wir so die Fahrlässigkeit durch den Mangel der (bösen) Absicht gegenüber dem Angriffsobjekt kennzeichnen, [1]) lassen wir denen, die vorziehen, von Fahrlässigkeit nur bei Verursachung eines konkreten Erfolges zu reden, die Befugnis, Handlungen, bei denen das Angriffsobjekt nicht individuell bestimmt oder überhaupt nicht sichtbar ist, schlechthin vorsätzlich zu nennen. Dann erscheint die Fahrlässigkeit als Steigerung der in vorsätzlicher Betätigung bestehenden Schuld. Vorsätzlich ist z. B. die Betätigung dessen, der auf einer Verkehrsstraße mit Feuergewehr schießt. Die Schuld erscheint gesteigert, wenn diese Betätigung durch die Tötung eines Menschen qualifiziert, also fahrlässig ist.[2])

Wir nennen die Fahrlässigkeit der Handlung um so größer, je weniger ihr Zweck ihre Betätigung (angesichts der Gefährlichkeit) rechtfertigte, d. h. einen Gegengrund bildete gegen die zur Unterlassung mahnende Gefahrvorstellung. Luxuria liegt insbesondere vor, wenn der Zweck der Handlung wirtschaftlich oder moralisch nichts wert ist oder in keinem Verhältnisse steht zu der übernommenen Gefahr. Ein Beispiel bietet wieder unser Jäger. Wenn ein Mensch getötet wird durch einen mit übergroßer Geschwindigkeit durch die Straße gefahrenen Wagen, so wird man nicht von luxuria sprechen, wenn der Wagen einen Arzt oder Geistlichen zu einem Todkranken oder die Feuerwehr zur Brandstätte brachte, wohl aber wenn ein Rennstallbesitzer nur seine Pferde erproben wollte.

4) Die Schwere des Deliktes richtet sich bei den Handlungen der zweiten Gruppe, abgesehen von der auch hier durch die konkrete Verletzung erwiesenen größeren absoluten und relativen

[1]) Die weitverbreitete Definition der Fahrlässigkeit als eines unentschuldbaren Nichtkennens von Tatsachen ist ungenügend: denn es bleibt nach wie vor die Frage, worin die Unentschuldbarkeit, eben die Art der Schuld, die die Fahrlässigkeit ausmachen soll, besteht.

[2]) Die Fahrlässigkeit als culpa zu bezeichnen, empfiehlt sich nicht, da culpa herkömmlicherweise im Gegensatz steht zu dolus, und dieses Wort nicht nur für Absicht sondern auch für Vorsatz, das genus proximum unserer Fahrlässigkeit, gebraucht wird.

Gefährlichkeit, darnach, in welchem Umfange die Nichtbegehung einer Betätigungsart als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit erscheint, oder, was dasselbe ist, von welcher Wichtigkeit das durch den Angriff verletzte öffentliche Einzelinteresse ist. Gehört es zum Sicherheitsbewußtsein des ganzen Volkes, daß keine Wohnhäuser in Brand gesetzt, daß keine widernatürliche Unzucht begangen, daß die Scheu vor der Gottheit nicht überwunden werde, so wird durch ein Zuwiderhandeln das öffentliche Interesse in einem ganz anderen Maße berührt, als wenn die Unterlassung nur die Sicherheit kleiner Kreise erhält, wie z. B. das Ausklopfen der Teppiche in einer städtischen Straße. Je allgemeiner bekannt und giltig eine auf eine Betätigungsart sich beziehende Verbotsnorm (oder: das Interesse das ihren Inhalt bildet) ist, um so schwerer wiegend ist ihre Uebertretung, je mehr sie dagegen von örtlichen, zeitlichen und modalen Umständen bedingt, je wandelbarer sie ist, um so geringere Verletzung des öffentlichen Interesses bringt ihre Uebertretung.

III. 1) Die dritte Gruppe[1]) bilden die unbewußten Handlungen. Das klingt paradox. Denn Handlungen, die ohne Bewußtsein ihrer Gefährlichkeit, d. h. ohne jede Vorstellung ihrer Art und Weise begangen werden, können keine Unterart der schuldhaften (vorsätzlichen) Handlungen sein. Aber nicht einmal Handlungen dürfen wir diese Betätigungen nennen, da ja schon der Begriff der Handlungen bewußte Betätigung verlangt. „Denn zum Handeln gehört Wille, und ein unbewußter Wille ist nicht denkbar“.[2]) — In Wirklichkeit liegt nur eine ungenaue Ausdrucksweise vor, die sich indessen dadurch rechtfertigt, daß die unbewußte Handlung die zunächst in die Augen fallende Erscheinungsform der tadelhaften Willensbetätigung ist. Diese liegt vor der „Handlung“ und kann nur darin bestehen, daß der Täter nicht Sorge getragen hat, daß er über den Charakter der „Handlung“ klar war. Dies ist jedoch nicht so aufzufassen, als ob man von dem Täter forderte, an etwas zu denken, an das er nicht denkt, — ein Ungedanke,[3]) den jeder implicite behauptet, der die hier in Betracht kommenden Handlungen nicht als Erscheinungsformen vorsätzlicher Willensbetätigung definiert, — sondern lediglich,

[1]) Vgl. oben S. 58. Ein Beispiel folgt im Text unten S. 71.
[2]) Beling, Verbr. S. 186.
[3]) Vgl. Beling, Verbr. S. 187.

seinen Geist, wenn er handelt, stets derart angespannt zu halten, daß er das Bild seiner Handlung im Bewußtsein hat

Der normale Mensch weiß, daß wenn er eine Handlung betätigt, die mit ihren Folgen in die Sphäre des Nebenmenschen überzugreifen geeignet ist, (z. B. nicht wenn er allein bei Tische sitzt; da kann er seine Gedanken vom Löffel abschweifen lassen, das Verschütten der Suppe wird sonst niemanden schädigen) er mit seinem ganzen Geiste bei der Handlung sein muß, um die Handlung in ihrem geordneten Geleise verlaufen zu lassen. Er weiß dies vermöge der Vorstellung, daß sonst als Folge der Handlung statt des bezweckten Erfolges Unabsehbares heraus kommen kann. Im Zuwiderhandeln gegen diese Vorstellung liegt die Schuld. Die äußere unbewußte Handlung ist daher sozusagen der fahrlässig verursachte Erfolg der eigentlich schuldhaften Willensbetätigung. Diese letztere ist nicht minder als eine Handlung der ersten oder zweiten Gruppe vorsätzlich, d. h. in Vorstellung des Erfolges begangen. Nur ist der vorgestellte Erfolg nicht schon die konkrete Verletzung (wie bei der ersten und zweiten Gruppe), sondern erst die „Handlung", die zur Verletzung führen kann. Wenn bei den Handlungen der ersten und zweiten Gruppe der Vorsatz durch die Erkenntnis der gefährlichen Qualität der Handlung charakterisiert wird, so wird er es bei den Handlungen der dritten Gruppe durch die Erkenntnis der eventuell gefährlichen Qualität der Willensbetätigung. Doch wäre es auch hier irreführend, von einem Eventualvorsatz zu sprechen.[1]) Die als Folge einer fahrlässig verursachten Handlung eintretende konkrete Verletzung ist natürlich auch fahrlässig verursacht. Die unbewußte Handlung können wir daher, auch wenn sie nicht zu einer Verletzung führt, in gleicher Weise wie die S. 67 erwähnte bewußte Handlung fahrlässig nennen, und zwar im Gegensatz zur bewußt fahrlässigen unbewußt fahrlässige, sodaß die unbewußt fahrlässige Handlung in einem doppelten Sinne, zugleich als Wirkung wie als Ursache, fahrlässig erscheint.

Um die rechtswidrige Willensbetätigung dieser Gruppe positiv zu beschreiben, können wir sagen, daß der Täter sich in einen Geisteszustand hat versinken lassen (ein Zustand des Sichvergessens, ähnlich der Zerstreutheit oder einem gewissen Grade der Trunkenheit,

[1]) Vgl. oben S. 58.

in dem man verständig handelt, aber sich dessen nicht mehr bewußt ist), in dem er die Qualität der Handlung als einer gefährlichen, — sei es konkret gefährlichen oder schlechthin verbotenen, — nicht erkennt. Der Täter hat z. B. seit Jahren abends beim Nachhausekommen den Flur durch ein Streichholz erleuchtet, das er nachher auf den Holzboden geworfen hat. Eines Tages ist der Boden frisch geölt, und das Streichholz hat das Haus in Brand gesetzt. Der Täter wird in Untersuchung gezogen; er beteuert seine Unschuld, er weiß gar nicht, daß er ein Streichholz weggeworfen hat. Erst als man ihm die Beweise vorhält, kommt es ihm zu Bewußtsein, was er, „ohne es zu wollen", getan. Seine Handlung ist anders zu beurteilen, als wenn er das Streichholz bewußt auf den Holzboden geworfen hätte in der leichtfertigen Hoffnung, es werde schon erlöschen. Der Täter wird zum Delinquenten als Opfer einer schlechten Gewohnheit, mangelhaften Erziehung, ungenügenden Selbstzucht.

2) A) Es wäre nicht soweit gekommen, wenn die Gedankenlosigkeit, mit der der Täter das erste Mal, als er das Streichholz auf den Holzboden warf, bestraft worden wäre. Aber da kein Schade entstanden war, konnte niemand beweisen, daß eine gefährliche Handlung begangen wurde, geschweige daß der Täter, die Aufmerksamkeit, die ihn eine Gefahr hätte erkennen lassen, vergaß.

B) Anders stünde es in letzterem Falle mit der Strafbarkeit, wenn eine feuerpolizeiliche Bestimmung das Wegwerfen von Streichhölzern in Hausgängen verboten hätte.[1]) Dann steht fest, daß der Täter mit dem Wegwerfen eine gefährliche Handlung begieng, sein Schade ist es, wenn er nicht zur geeigneten Zeit seine Aufmerksamkeit angespannt hat, um die Gefährlichkeit und das Verbot dieser Betätigungsart zu erfahren, genauer ausgedrückt: wenn er zu Zeiten, in denen er es hätte lernen können, unaufmerksam war. Denn es kann wohl angenommen werden, daß die Verhältnisse dem Menschen, den sie vor die Betätigung einer schlechthin verbotenen Handlung gestellt haben, sei es durch Ausübung eines Berufes, eines Sports oder einer sonstigen Beschäftigung, Anläße genug geboten haben, und wenn auch nur in Form eines Zweifels, sich über die Qualität der Handlung zu unterrichten.

[1]) Eine solche Bestimmung wäre zulässig auf Grund von § 368 Ziff. 8 StGB., vgl. RG. in Regers Sammlung III S. 165.

So kommt es, daß die Handlungen der zweiten Gruppe, wenn sie in Unkenntnis ihrer Qualität, die schlechthin verbotenen insbesondere in Unkenntnis des Verbotes, begangen werden, als unbewußte hierher gehören. Soweit sie mangels konkreter Verletzung als bewußte straflos sind, sind sie es erst recht als unbewußte.

3) Da aber die rechtsverletzende Willensbetätigung nicht, wie bei den Handlungen der zweiten und ersten Gruppe, in der Handlung liegt, die unmittelbar zur Verletzung geführt hat, so ist hier die konkrete Verletzung viel weniger Merkmal und Maßstab der Gesinnung des Täters. Das Rechtsbewußtsein, um nicht zu sagen die historische Tradition, fordert allerdings eine nach der Schwere der konkreten Verletzung abgestufte Strafe; der Strafrahmen kann aber nicht so weit sein, da die Schuld immer nur ein Aufmerksamkeitsfehler ist, nur die Außerachtlassung der allgemeinen Norm, seinen Geist bei der Handlung zu halten, nicht (wie bei der ersten und zweiten Gruppe) Ueberwindung einer gegen die spezielle Handlung abmahnenden Stimme, – wiewohl allerdings dem äußeren Anscheine nach auch durch die unbewußte Handlung keine andere als die gegen die spezielle Betätigungsart stehende Norm verletzt wird, die das Unterbleiben der Deliktsfigur verlangt, gleichviel ob sie bewußt oder nur unbewußt betätigt werden wollte.[1])

---

[1]) Wo die verschiedenen Schuldformen nach Maßgabe der Verletzung eines konkreten Gutes in einen Tatbestand gefaßt werden, da sollte auch, wie z. B. bei Brandstiftung im StGB. geschehen, das Gesetz, wenn anders es den Grundsatz befolgt zu spezialisieren, eine Abstufung für jede Schuldform der betreffenden Deliktsfigur vorsehen. Es kann daher nicht wunder nehmen, wenn die gesetzliche Regelung der Beleidigung nicht befriedigt, nachdem das Gesetz nicht zwischen absichtlicher und fahrlässiger Verletzung des Gutes der Ehre unterscheidet. Wie unverhältnismäßig schwer erscheint doch das Mindestmaß des § 95 StGB. für eine fahrlässige Majestätsbeleidigung!

IV. Hauptstück.

Die Zweiteilung der Schwere nach.

1) So haben wir denn den abstrakten Begriff der Handlung erkannt, wie er sämtlichen in Tatbeständen formulierten Delikten des positiven Rechts zu Grunde liegt. In Form der Tatbestände treten uns die strafwürdigen Handlungen entgegen bald in nackter Gestalt als bloße Ungehorsamsdelikte, bald angetan mit dem Hemde konkreter Gefährdung, meist aber eingehüllt in den Mantel der konkreten Verletzung. Auch die konkreteste Verletzung erscheint uns nicht mehr als „Material"grund der Strafe, sondern nur als die Form, unter der die Verletzung des öffentlichen Interesses in einem Tatbestande steckt, nur als Sympton für den Ungehorsam, der jenseits des Tatbestandes seine materielle Wirkung äußert. Wir können *Bindings* Wort[1]) umkehren: „In der Schale der Verletzung birgt sich der Ungehorsam als Kern".

Entkleidet von den Tatbeständen sehen wir die sonst so verschieden geformten Handlungen in der einheitlichen Gestalt der Gefährdungsdelikte.

Und mit *Feuerbach*[2]) und *Jhering*[3]) finden wir die unterschiedliche Schwere der Delikte (die relative Gefährlichkeit) in zwei Momenten, nämlich:

1) der Wichtigkeit des vor der Handlung stehenden Interesses,

[1]) Normen I S. 365.
[2]) Revision II S. 205.
[3]) Zweck im Recht 1. Bd. 3. Aufl. S. 492.

2) dem Wahrscheinlichkeitskoëffizienten der konkret verletzenden Wirkung der Handlung (absoluten Gefahr).

Wir radizieren aber beide Momente auf die Vorstellung des Täters. Beide Momente kommen daher für uns zum Ausdrucke in der Rechtswidrigkeit oder Schuld.

2) Wir werden hiernach, unseres Problemes eingedenk, fragen, ob es nicht unter den drei Gruppen rechtswidriger Willensbetätigungen eine Zweiteilung gibt.

Eine solche konnten wir bereits bei Betrachtung der einzelnen Gruppen und zwar in doppelter Richtung ersehen:

a) Zunächst stehen die absichtlichen Handlungen der ersten Gruppe im Gegensatz zu den fahrlässigen[1]) der zweiten und dritten Gruppe. Allerdings ist auch bei letzteren Handlungen eine Absicht vorhanden. Denn „die Anpassung unseres Verhaltens an Zwecke ist, wie *Herbert Spencer* gezeigt hat, Wesen und Begriff der Handlung".[2]) Aber wir sehen von der Absicht bei der zweiten und dritten Gruppe ab, weil sie irrelevant ist. Für uns kommt nur in Betracht, ob eine Absicht gegenüber dem Angriffsobjekt besteht. Wir können daher den Gegensatz auch so fassen, daß wir sagen, die Handlungen der ersten Gruppe sind schon ihrem Zwecke nach rechtswidrig, die andern sind dies nicht. — Daß dieser Gegensatz nicht geeignet ist, eine qualitative Zweiteilung zu begründen, erhellt ohne weiteres. Denn einmal erscheint (wie im Zivilrecht sich der Satz bildete: culpa lata dolus est) manche durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführte Verletzung nicht minder schlimm, als wenn sie absichtlich herbeigeführt worden wäre. Zwischen luxuria und dolus eventualis sind die Grenzen ohnehin äußerst fein. Und sodann ist eine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen eine einem großen Interesse dienende „Formalvorschrift" (Sittlichkeitsdelikte, Meineid, Urkundenfälschung und dergl.) ein nicht minder schweres Delikt als eine absichtliche Verletzung wichtigster konkreter Güter.

b) Ferner lassen sich einander gegenüberstellen die bewußten Gefährdungen der ersten und zweiten Gruppe den unbewußten der dritten Gruppe, genauer: Den Willensbetätigungen, die eine unbewußte, also nicht ungefährliche Handlung zur Folge haben. Es

[1]) Fahrlässig in dem oben S. 67/68 festgelegten Sinne.

[2]) Vgl. Lammasch in Grünhuts Zeitschr. IX S. 223.

stehen also einerseits die Handlungen gegen das Gebot, nicht unmittelbar zu gefährden, d. h. jeweils zu unterlassen, was gefährlich, andrerseits gegen das Gebot, nicht mittelbar zu gefährden, d. h. den Geist angespannt zu halten, daß man nicht unbewußt eine gefährliche „Handlung“ begeht.

Aber auch diese Zweiteilung vermag eine generelle Unterscheidung zwischen schweren und leichten Delikten nicht zu begründen. Denn wenn auch die Zuwiderhandlungen gegen das Gebot, den Geist angespannt zu halten, nie als Kapitalverbrechen erscheinen, so sind doch unter den beiden anderen Gruppen Delikte leichtester Art zu finden, wie ja aus der Zugehörigkeit einer Handlung zu irgend einer, sei es der ersten Gruppe an sich noch nicht hervorgeht, daß die Handlung überhaupt mit Strafe belegt, d. h. in einen Tatbestand gefaßt werden muß.

3) Wenn nun auch klar ist, daß es ein absolutes Merkmal der Unterscheidung großer und geringer Strafbarkeit ebensowenig gibt, wie ein Merkmal dafür, wann überhaupt eine Rechtswidrigkeit den Grad der Strafbarkeit erreicht hat, so erscheint es doch nicht unmöglich, eine dem Rechts- und Volksbewußtsein entsprechende Unterscheidung der vorhandenen strafbaren Handlungen in schwere und leichte Delikte nach begrifflichen Merkmalen zu geben. Diese werden wir finden, indem wir betrachten, wie unter den nach positivem (das Volksbewußtsein zum Ausdruck bringenden) Rechte mehr oder minder strafbaren Handlungen die drei Arten rechtswidriger Willensbetätigungen vertreten sind.

Wenn wir in dieser Weise die Tatbestände an den Graden der Schuld messen, so werden wir in der letzterwähnten Zweiteilung von bewußten und unbewußten Handlungen eine Grundlage für die gesuchte Unterscheidung finden.

Denn da stehen auf der einen Seite lauter leichte Delikte, nämlich die unbewußten Handlungen, bei denen die Schuld nicht in dem Zuwiderhandeln gegen die spezielle Norm selbst besteht, sondern in dem Unterlassen fortgesetzter Anspannung des Geistes derart, daß der Täter die spezielle Norm, d. h. die besonderen Umstände des Falles, die die Handlung als gefährlich und verboten erscheinen lassen, nicht mehr erkennt. Es wird also (dem äußeren Anscheine nach) eine Handlung begangen, deren Unterlassung (Verbotensein) nicht immer, sondern nur nach Maßgabe besonderer

Umstände des Ortes, der Zeit oder Modalität vom öffentlichen Sicherheitsbewußtsein gefordert wird. Andere Handlungen als solche, die nur unter besonderen Umständen verboten sind, kommen bei der dritten Gruppe nicht in Betracht. Denn wenn eine Handlung unter allen Umständen und jedermann im Lande als verboten erscheint, dann drängt sich auch dem Täter die Qualität der Handlung bei deren Betätigung auf, sodaß er sie gar nicht unbewußt begehen kann, es sei denn, daß Momente vorliegen, die seine freie Willensbestimmung in Sinne des § 51 StGB., somit eine strafbare Handlung überhaupt, ausschließen.

Nun macht es bei Uebertretungen von nur unter besonderen Umständen geltenden Normen für das Bewußtsein der öffentlichen Sicherheit offenbar wenig aus, ob bloß eine unbewußte, lediglich scheinbare, oder aber eine wirkliche, bewußte Handlung vorliegt. Denn derartige subtile Unterscheidungen berühren bei solchen Bagatellsachen die öffentliche Sicherheit wenig. Während bei Uebertretungen allgemein im Lande bekannter Normen ohne weiteres bewußte Handlung angenommen werden kann (das öffentliche Interesse hier im wesentlichen auf das Unterbleiben bewußter Zuwiderhandlungen sich erstreckt), ist der Nachweis bewußter Zuwiderhandlung gegen eine nur unter besonderen Umständen Platz greifende Norm um so seltener zu erbringen, in je kleinerem Kreise die übertretene Norm gilt, um so weniger also deren Kenntnis bei dem Täter unterstellt werden kann. Am Unterbleiben einer Handlung aber, deren Vorkommen selten nachweisbar ist, hat die öffentliche Sicherheit ein geringes Interesse. Das öffentliche Interesse gegenüber solchen Bagatellsachen besteht also im wesentlichen nicht darin, daß sie nicht erst als bewußte begangen werden, sondern daß sie schlechthin unterbleiben. Verletzt wird also dieses Interesse nicht so sehr durch bewußte Zuwiderhandlung als durch jene Betätigung, die in der Unachtsamkeit ihren Grund hat.

Daraus folgt, daß auch wenn der Täter die besonderen Umstände kannte, die eine derartige Handlung als verboten erscheinen ließen, somit seine Willensbetätigung als bewußte zur zweiten Gruppe gehört, das öffentliche Interesse in kaum höherem Grade verletzt wird als durch eine unbewußte Betätigung der Handlung. Daß insbesondere auch Handlungen der ersten Gruppe zu den nur unter besonderen Umständen rechtswidrig erscheinenden Handlungen gehören

können, erhellt daraus, daß es Güter[1]) gibt, deren Wert zu unbedeutend ist, oder die zu kurze Zeit erst aus der Reihe der res omnium communes herausgewachsen sind, als daß ihre Nichtverletzung ein Postulat des allgemeinen, im ganzen Volke eingewurzelten Sicherheitsbewußtseins wäre. Bei solchen Gütern macht es dann kaum einen Unterschied, ob sie nur fahrlässig oder absichtlich verletzt werden.

So gliedern sich in den Augen des Rechts die bewußten Handlungen geringer Rechtswidrigkeit den durchweg und von Hause aus geringfügigen unbewußten Rechtswidrigkeiten der dritten Gruppe an. Das begriffliche Merkmal der dritten Gruppe, die schuldhafte Unkenntnis des Verbotes, wird auch zum Merkmal der hinzukommenden Handlungen der zweiten und ersten Gruppe, indem die Kenntnis des Verbotes vom Rechte mit größerem oder geringerem Grunde ignoriert wird. Es will (und muß aus praktischen Gründen) bei all' den Handlungen, die nicht einer zum Sicherheitsbewußtsein des ganzen Volkes gehörenden, daher allgemein und jedermann bekannten, sondern nur einer durch besondere Umstände bedingten, nur zum Sicherheitsbewußtsein beschränkter Kreise gehörenden, sozusagen wandelbaren Norm zuwiderlaufen, darauf verzichten, daß dem Täter der Nachweis bewußter Znwiderhandlung geführt und eine dementsprechend intensivere Strafe zugefügt wird. Es wird also, juristisch ausgedrückt, im gesetzgeberischen Motive zur Fiktion, daß die hierher gehörigen Handlungen der zweiten und ersten Gruppe nicht mit der unmittelbaren Vorstellung der Gefahr und des Verbots sondern, wie die der dritten Gruppe, gewissermaßen gedankenlos begangen wurden.

So wird die ganze Kategorie der leichten Delikte charakterisiert durch das begriffliche Merkmal der Handlungen der dritten Gruppe, die ihren Kern bilden. Letztere sind ihrem inneren Wesen nach nur mittelbar vorsätzliche, fahrlässige im engeren Sinne; als ebensolche werden vom Rechts- und Volksbewußtsein die noch hinzukommenden übrigen geringfügigen Handlungen aufgefaßt. Ihnen gegenüber treten die unmittelbar vorsätzlichen Handlungen, die Verbrechen.

Ihrer äußeren Erscheinung nach lassen sich die Handlungen der

[1]) Vgl. oben S. 60.

leichten Deliktskategorie zusammenfassen als Uebertretungen wandelbarer Normen, d. h. solcher Normen, deren Geltung und Gestalt durch örtliche, zeitliche oder modale Umstände bedingt wird, gegenüber den Uebertretungen unwandelbarer Normen, die im ganzen Lande und unter allen Umständen als Verbotsnormen in Geltung sind, die man bildlich zutreffend die Rechtsverfassung, das Knochengerüst des Rechtsbewußtseins genannt hat. Diesen äußeren Unterschied haben alle jene Gefühlsdefinitionen im Auge, die die leichten Delikte als Zuwiderhandlungen gegen nur in beschränktem Umfange, nicht überall und schlechthin geltende, nicht die Rechtsverfassung, sondern nur die gute Ordnung des Gemeinwesens ausmachende, nicht im ganzen Volksbewußtsein lebendige oder solche Normen bezeichneten, die erst dem Bürger bekannt gegeben, erst ausdrücklich statuiert werden müssen. Ebenso verhält es sich im Grunde mit den Meinungen der *Feuerbach, Stahl, Merkel, Binding,* die einerseits Verletzung großer, unmittelbar oder von Natur oder nach dem primären Rechte bestehender, materiell begründeter Interessen, andererseits kleiner, nur mittelbar oder infolge besonderer Veranstaltungen des Rechtes oder Staates, rein formell begründeter Interessen sahen. Auf den begrifflichen Grund des Unterschiedes drangen alle diese Meinungen nicht. Näher kamen demselben diejenigen, die den Unterschied von der subjektiven Seite aus kennzeichneten, indem sie sagten, die leichten Delikte seien contraventions non-intentionnelles, sie entsprängen nicht einem état psychique de la criminalité, nicht einer schlechten, nur einer unordentlichen Gesinnung; denn sie konnten argumentieren: was nicht allgemein bekannt ist, nicht überall und unbedingt befolgt werden muß, zu dessen Nichtbeachtung genügt ein geringes Verschulden. Am nächsten aber kamen der Erkenntnis des begrifflichen Unterschiedes diejenigen, die das Wesen der Polizeidelikte in einem besonders geringen, eigenartigen Grade der Gefahr, der Möglichkeit der Gefahr oder auch mittelbaren Gefahr erblickten. Es hätte nur der folgerichtigen Anwendung des Gefahrbegriffes auch bei den übrigen Delikten bedurft, um dem Unterschied klar zu erkennen. Statt dessen betrachteten sie als Rechts- und Materialgrund und als gesetzgeberisches Motiv die konkrete Verletzung, ein Moment, das nur Bestandteil der Form, nur Merkmal des Tatbestandes ist. So mußten sie auf den Irrweg geraten.

Ein Einwand kann noch gegen unsere Zweiteilung erhoben

werden. Es ist nicht der, daß die Grenze zwischen den beiden Deliktskategorien wenig scharf ausgeprägt erscheint. Denn es kann nicht verlangt werden, daß die Grenze zwischen großer und geringer Rechtswidrigkeit weniger flüssig sei, als zwischen strafwürdiger und nicht strafwürdiger Zuwiderhandlung gegen die Regel des Rechtes. Der Einwand, dem noch zu begegnen ist, besteht darin, daß wenn die tatsächlich oder fiktiv unbewußte, fahrlässige Handlung zum begrifflichen Merkmal der leichten Delikte gemacht wird, dann das als Folge einer solchen Handlung eingetretene große Unglück (z. B. eine Eisenbahnkatastrophe) nur als Ordnungswidrigkeit, nicht als Verbrechen gekennzeichnet wird.

Hier setzt aber eine Frage ein, deren Erörterung nicht mehr zu den Aufgaben unserer Untersuchung gehört. Es fragt sich, ob es auch heute noch „Richtiges Recht“ ist, wenn dem konkreten Erfolge, — an dem das Urrecht klebte, und dessen auch das entwickeltste Recht, wie gezeigt, in vielen und wichtigen Beziehungen nie wird entraten können, — eine derartige Bedeutung beigemessen wird, daß dieser Erfolg eine Handlung, die dem Täter selbst am meisten leid tut, (seine Unvorsichtigkeit, die zum Eisenbahnunglück führte, hat z. B. seinen eigenen nächsten Verwandten das Leben gekostet,) zum Verbrechen macht.

So lange diese Frage zu bejahen ist, — der Garantiezweck der Strafe unterstützt diese Auffassung auch heute noch in einem erheblichen Grade, — wird unsere Zweiteilung durch die Anomalie getrübt, daß ein zufällig schlimmer Erfolg eine Handlung aus der Gruppe der leichten Delikte, zu der sie begrifflich gehört, heraushebt und zum Verbrechen macht.

Auch was im übrigen bei den Delikten leichter Art in materieller und formeller Beziehung „Richtiges Recht“ ist, muß einer anderen Untersuchung vorbehalten bleiben.